

No hay soberano en el Estado constitucional¹

There is no sovereign in the constitutional State

Manuel Toscano²

Universidad de Málaga (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9174-3402>

Recibido: 27-12-2021

Aceptado: 28-06-2022

Resumen

En este trabajo examino la relación entre constitucionalismo y democracia, puesto que las supuestas tensiones entre ambos aparecen en los diagnósticos actuales sobre la crisis de la democracia liberal. La cuestión se aborda a través de los argumentos del jurista alemán Martin Kriele, quien defiende la tesis de que no puede haber soberano en el Estado constitucional. Empezaré por explicar dicha tesis así como la justificación de ella que ofrece Kriele, para quien la garantía de los derechos y libertades sólo es posible en el marco del Estado constitucional. De ahí que avance una segunda tesis relacionada, cuando sostiene que la democracia sólo puede desarrollarse en dicho Estado constitucional, esto es, como democracia constitucional. Sin embargo, esta segunda tesis parece contradictoria con la primera si identificamos el principio democrático con la soberanía popular. Para resolver esa aparente antinomia, se distinguirá con Kriele dos concepciones rivales de la democracia, a fin de señalar el peligro de malinterpretar el sentido de la democracia constitucional.

Palabras-clave: Estado constitucional, soberanía, democracia, Kriele.

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación I+D+i Civic Constellation III: Democracy, Constitutionalism and Anti-Liberalism (PGC2018-093573-B-I00).

² (mtoscano@uma.es). Doctor en Filosofía y Profesor Titular de Filosofía Moral en la Universidad de Málaga. Ha trabajado sobre liberalismo y pluralismo, cuestiones de justicia lingüística y más recientemente en el análisis de conceptos morales y políticos. Entre sus publicaciones recientes están “Autoridad y razones para la acción: dos problemas”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 179 (2018), pp. 43-67; o “Autoridad política” en *Razones públicas*, Iñigo González Ricoy y Jahel Queralt (eds.), Barcelona: Ariel, 2021, pp. 203-219. Actualmente es segundo IP del proyecto de investigación Civic Constellation III: Democracy, Constitutionalism and Anti-Liberalism (2019-2022).

Abstract

In this paper I will examine the relationship between constitutionalism and democracy as the alleged tensions between them appear in current diagnoses about the crisis of liberal democracy. The issue is approached through the arguments of the German jurist Martin Kriele, who holds the thesis that there can be no sovereign in the constitutional State. I will begin by explaining this thesis as well as the justification offered by Kriele. According to him, the guarantee of rights and freedoms is only possible within the framework of the constitutional State. Hence, he advances a second related thesis, that democracy can only be developed in the constitutional State, that is, as constitutional democracy. However, this second thesis seems in contradiction with the first if the democratic principle implies popular sovereignty. To resolve this apparent antinomy, I will distinguish with Kriele two rival conceptions of democracy in order to point out the danger of misinterpreting the meaning of constitutional democracy.

Keywords: constitutional State, sovereignty, democracy, kriele.

I. Introducción: la tesis de Kriele y la crisis de la democracia liberal

En este trabajo me gustaría abordar la relación entre constitucionalismo, Estado de derecho y democracia. No cabe exagerar la importancia de lo que, parafraseando a Ortega, podríamos llamar el “tema de nuestro tiempo” en términos políticos. Como vemos en Europa y fuera de ella, populistas a ambos lados del espectro político proclaman que las instituciones no pueden representar un obstáculo o un freno para la voluntad popular expresada democráticamente a través de las urnas. Por contraste, si algo caracteriza al constitucionalismo liberal y al Estado de derecho es precisamente sujetar el ejercicio del poder, incluido el poder de las mayorías democráticas, a límites y controles institucionales. Quisiera examinar aquí si tal oposición entre constitucionalismo liberal y democracia no se establece sobre graves malentendidos de fondo, de naturaleza filosófica, acerca del sentido del Estado constitucional y la concepción misma de democracia. Es tanto como preguntarse si tiene sentido hablar de ‘democracia iliberal’, por recurrir a otra expresión de moda.

No hace falta insistir en que la cuestión es suficientemente vasta e intrincada para abarcarla en un espacio breve. Por eso he preferido plantearla centrándome en algunos argumentos expuestos por el jurista alemán Martin Kriele en su *Introducción a la teoría del Estado*, un libro espléndido pero injustamente olvidado. Es una obra que ha tenido mala fortuna, pues fue mal traducida al español en una edición argentina de 1980, hoy por hoy imposible

de encontrar. A pesar de lo cual, es una lúcida reflexión sobre los orígenes y los fundamentos normativos del Estado constitucional, que sigue siendo tan valiosa y necesaria como cuando se publicó originalmente en los setenta. Sería deseable que algún editor avisado se decidiera a rescatarlo del olvido y ponerlo de nuevo en circulación. Entre tanto, este trabajo querría contribuir modestamente a recordarlo³.

Adelanto brevemente la tesis de Martin Kriele que me interesa analizar aquí. Para quien fue profesor en la Universidad de Colonia, además de magistrado del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia, no cabe un soberano en el Estado constitucional. Así lo afirma de forma tajante: no hay ni puede haber soberano en un régimen constitucional, pues la idea de soberanía es incompatible con el sentido mismo del constitucionalismo. Sin embargo, también sostiene por otra parte que la democracia sólo es posible en el Estado constitucional, lo que significa defender que un régimen democrático en su mejor versión ha de configurarse como una democracia constitucional. ¿No habría aquí una antinomia? Es lo que parecería *prima facie* si ponemos juntas las siguientes tesis:

T1. En el Estado constitucional no hay soberano. Eso excluye no sólo a los monarcas absolutistas del pasado o a los autócratas de todos los tiempos, sino igualmente al ‘pueblo soberano’. De creer al alemán, por tanto, la soberanía popular no tendría cabida en un régimen constitucional.

Ahora bien, eso no parece conciliable con la tesis según la cual la democracia está inexorablemente unida a la atribución de la soberanía al *demos*:

T2. En una democracia la soberanía reside en el pueblo, pues todo poder proviene de él. De lo que se sigue que no puede haber democracia allí donde no se reconoce el principio de la soberanía popular.

De acuerdo con T1, si en el Estado constitucional no cabe soberano, eso descartaría naturalmente la pretensión de que la soberanía corresponde al pueblo, atribuyéndole su titularidad o ejercicio. Sin embargo, si damos por buena T2, donde no se admite la soberanía popular no puede haber democracia que valga. ¿Cómo puede Kriele sostener en tal caso que la democracia sólo puede desarrollarse dentro de un orden constitucional? Dejando a un lado la aparente incongruencia entre las dos afirmaciones de Kriele, hay algo más importante en juego. Si admitimos la primera tesis (T1), según la cual no hay soberano en el Estado constitucional, ¿no estaríamos dando la razón a quienes

³ Hay pocos estudios en español de la obra de Martin Kriele, los más destacados son los de José María Beneyto (1982) y Gregorio Robles (2021, 2ª edición; la primera se publicó en 1982), ambos datan de principios de los ochenta y están centrados en la cuestión de la interpretación jurídico-constitucional.

cuestionan el constitucionalismo liberal en nombre de la democracia, es decir, de la soberanía popular? De ser así, tendríamos que aceptar la incompatibilidad entre constitucionalismo y democracia, por lo que la segunda tesis (T2) nos daría una buena razón para preferir la segunda al primero; o eso parecería si estamos convencidos de que una sociedad justa sólo puede organizarse democráticamente.

Después de todo, esa incongruencia es lo que señalan y denuncian los populistas de toda condición y, en general, los enemigos de la democracia liberal. Casi sin excepciones, estos revisten sus demandas y posturas con los colores de la democracia genuina, o del radicalismo democrático, pues dicen hablar en nombre del pueblo soberano para cuestionar las instituciones y principios del constitucionalismo liberal⁴.

En términos parecidos a estos describe Yasha Mounk el “momento populista” que vivimos, cuando señala que “en la imaginación de los populistas, no hay razón alguna para que la voluntad del pueblo esté mediatizada por nada ni por nadie”; según observa, cualquier compromiso que ponga límites a la voluntad popular contaría para ellos como una forma de corrupción o secuestro de la democracia (2018, 12). En su conocido libro Mounk sitúa el ascenso de los populismos en el marco de la crisis de la democracia liberal, como uno de sus síntomas más preocupantes. Su diagnóstico de esta crisis constata las crecientes tensiones que se producen entre la parte liberal y el componente democrático nuestro sistema político⁵, de cuya complementariedad y sinergias depende su carácter híbrido. Como explica:

La democracia liberal, esa mezcla única de derechos individuales y gobierno popular que caracteriza desde hace tiempo a la mayoría de los sistemas políticos de Norteamérica y Europa occidental, se está deshaciendo por muchas de sus costuras. En su lugar, somos testigos del ascenso de la democracia iliberal (o democracia sin derechos) y del liberalismo no democrático (o derechos sin democracia) (Mounk 2018, 16).

⁴ El concepto de populismo es controvertido como pocos, en parte por su considerable heterogeneidad interna y las lindes difusas, según pone de manifiesto la amplia literatura al respecto, así como por ser valorativamente denso, empañado como está por su uso en la lucha partidista. Aquí nos interesa señalar el hecho de que los populistas se presentan como adalides de la democracia, pues tanto en sus discursos como en la práctica política “se oponen al *establishment* en nombre del pueblo soberano” (Arias Maldonado, 2021). El eje de la retórica populista es la denuncia de las elites que han secuestrado o degradado la democracia, acompañada por la pretensión de que hay que dar la voz al pueblo o restaurar la voluntad popular como principio fundamental de la política democrática. También José Javier Olivares destaca la “exaltación de la soberanía popular” entre los cinco aspectos que examina en su análisis del fenómeno: antagonismo, moralidad, construcción idealizada del pueblo, soberanía popular y liderazgo personalista (2021). En este trabajo nos interesa esa reivindicación de la soberanía popular, pues presenta un marcado carácter antipluralista y, por tanto, antiliberal; como se ve por ejemplo en su concepción altamente homogénea e idealizada del pueblo, según ha destacado entre otros Jan-Werner Müller (2016).

⁵ Es la tesis que presenta Mounk al comienzo del libro: “Demuestro que la democracia liberal se está descomponiendo actualmente en sus partes constitutivas y que de ese proceso está surgiendo la democracia iliberal, por un lado, y el liberalismo no democrático, por otro” (Mounk 2018, 21).

La contraposición que traza Mounk es simple pero cumple su cometido. Si por democracia se refiere a las instituciones que hacen posible la participación popular en los procesos de toma de las decisiones colectivas, como el sufragio universal y las elecciones, lo esencial de las instituciones liberales lo cifra en el Estado de derecho (*rule of law*) y la garantía de los derechos individuales, como la libertad de conciencia, de expresión o de libre asociación, cuya protección se extiende a las minorías y constituye el núcleo fundamental del constitucionalismo liberal. De acuerdo con su diagnóstico, el escenario de una democracia iliberal vendría dado por la “falta de respeto hacia las instituciones independientes y los derechos individuales”. Sólo hace falta añadir que tal falta de respeto responde a un propósito por parte de determinados líderes y partidos políticos, que buscan romper el delicado equilibrio entre los componentes liberal y democrático que conforman el entramado institucional de la democracia liberal en detrimento del primero, justificándolo en nombre de la democracia.

Que el interés del asunto no es meramente académico parece claro. A modo de ejemplo, podemos citar lo que se conoce en la literatura especializada como ‘*rule of law backsliding*’, un fenómeno al que estamos asistiendo en los últimos años en países europeos como Hungría o Polonia. La idea de *backsliding* implica obviamente un retroceso o una regresión en términos institucionales, cuya clave está en el desmantelamiento o debilitamiento de los controles y contrapesos propios del Estado de derecho en una democracia liberal por parte de gobernantes democráticamente elegidos que persiguen consolidar a largo plazo su poder o la posición del partido en el gobierno⁶. En todos los casos el retroceso o el socavamiento de los mecanismos de control del poder, pensemos en las reformas judiciales en Polonia, se justifica invocando la voluntad popular o amparándose en los resultados electorales, esto es, enarbolando la bandera de la democracia. No hace falta mirar a los antiguos países de Europa del Este para encontrar casos más cercanos, si recordamos que durante el *procés* en Cataluña fueron muchas las voces que aseguraban que el imperio de la ley o la propia Constitución no podían estar de ninguna manera por encima de la democracia.

De ahí que resulte perentorio considerar con atención la relación entre constitucionalismo liberal y democracia, aunque sea desde el ángulo que nos ofrecen las tesis de Martin Kriele, que procedo a examinar en lo que sigue. Comenzaré por explicar el sentido de su primera tesis, según la cual no puede haber soberano en el Estado constitucional, que consideraremos en relación

⁶ En la definición más conocida de *rule of law backsliding* se entiende por tal “the process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party” (Pech & Scheppele 2017, 8).

con las asambleas parlamentarias y el propio pueblo. En esta primera parte, examinaré igualmente la razón que lleva a Kriele a establecer esa clara oposición entre constitucionalismo y soberanía.

II. Estado constitucional, soberanía y derechos

Consideremos en primer lugar la tesis según la cual en el Estado constitucional no hay soberano (T1). Kriele lo explica en el siguiente pasaje:

Pero no hay *dentro* del Estado constitucional un soberano, es decir, nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser última *ratio* en casos particulares, *que pueda violar y crear el derecho*. Más aún, la existencia de un soberano en este sentido, por un lado, y del Estado constitucional, por el otro, son dos situaciones opuestas, mutuamente excluyentes (Kriele, 1980, pp. 150-151, cursivas en original)⁷.

La idea fundamental es clara, pues nos remite a la relación crucial entre el poder y el derecho en el Estado constitucional. El Estado constitucional no puede admitir *dentro* (el autor destaca la preposición) suya esa clase de poder irresistible (indiviso, incondicionado e ilimitado), que podría hacer y deshacer el derecho a su voluntad, sin saltar por los aires. Pues la columna vertebral del Estado constitucional está en el Estado de derecho, es decir, en el sometimiento del poder al derecho, de modo que la voluntad del gobernante ha de estar en todo momento sujeta a la ley. Conviene entenderlo bien, en el sentido de que la ley no es sólo un parapeto o límite externo al ejercicio del poder, sino que todo poder tiene su origen y fundamento en la ley, cuyo acatamiento es condición *sine qua non* de la legitimidad de su ejercicio⁸.

En el Estado constitucional la Constitución opera como ley suprema. Esa supremacía implica, entre otras cosas, que la totalidad de los órganos estatales (y las posiciones de autoridad que llevan aparejados) encuentran en

⁷ Martin Kriele dedica el segundo capítulo del libro a reconstruir con detenimiento la idea de soberanía en el contexto de las luchas religiosas de la Europa moderna (1980, pp. 52-80). Un interesante estudio del desarrollo histórico del concepto hasta el presente puede verse en Grimm, 2015. Entre nosotros Manuel Arias Maldonado (2020) se ha ocupado de la reivindicación de la soberanía (el “anhelo del soberano”) como clave para entender algunos fenómenos importantes de la política contemporánea, entre otros los movimientos populistas.

⁸ Para Kriele la cuestión filosófica fundamental para entender el Estado constitucional está en “la conexión dialéctica indisoluble” entre poder y Derecho, puesto que “*el poder estatal crea el Derecho y lo impone, pero el Derecho fundamenta y legitima el poder estatal*” (las cursivas del autor). De ahí que resulte decisivo entender bien esa relación, hasta el punto de que buena parte de los problemas del Estado constitucional encuentran su raíz en los malentendidos acerca de la misma, a su juicio: “La dificultad de comprender este problema está en el fondo de casi todas las crisis de legitimidad del Estado constitucional democrático” (Kriele 1980, p. 150).

ella su fundamento y han de respetar en su funcionamiento las previsiones constitucionales a las que están sujetas. De esta forma en el Estado constitucional el poder está distribuido entre diferentes órganos (o ramas del gobierno), de acuerdo con la doctrina de la separación de poderes, y cada uno de esos órganos ejerce aquellas competencias que tiene constitucionalmente asignadas. Dicho de otro modo, en el Estado constitucional sólo hay competencias definidas por la Constitución, por lo que no puede decirse de ningún órgano o poder del Estado que es soberano. La atribución de soberanía a alguno de ellos significaría tanto como la destrucción de la Constitución. De ahí el peligro de que alguno de ese poderes, normalmente el ejecutivo, a menudo en connivencia con una mayoría parlamentaria, invada o interfiera en las competencias de otros órganos, comprometiendo su funcionamiento, ya se trate del Tribunal Constitucional o del poder judicial, encargados de velar por la constitucionalidad de las decisiones y leyes, o de controlar su legalidad respectivamente.

A pesar de lo cual esa atribución de soberanía es muy frecuente, pues no faltan ejemplos. Lo hemos visto a propósito de algunas decisiones del Parlamento de Cataluña, impugnadas ante el Constitucional o los tribunales, puesto que los portavoces de las formaciones independentistas han rechazado en repetidas ocasiones tal control con el pretexto de la soberanía del Parlamento⁹. Esta clase de razonamiento suena plausible a muchos, pero es falaz, pues deja traslucir una equivocación fundamental acerca del régimen constitucional. Se trata de un error pernicioso precisamente por referirse al término “soberanía”, que el profesor alemán recomienda manejar con extrema precaución. No en vano Kriele lo advierte con una frase de lo más reveladora, con la que remata el pasaje antes citado: “En otras palabras: la idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional” (Kriele, 1980, pp. 150-151). Desafortunadamente, no por pernicioso es menos común y lo escuchamos sin el más mínimo rigor no sólo en boca de populistas y nacionalistas, pues muchos demócratas bienintencionados no son inmunes al error.

Eso significa que en un régimen constitucional, por democrático que sea, ninguna autoridad o asamblea es soberana. Ni aun tratándose de una asamblea legislativa elegida por el voto de los ciudadanos, sea una cámara autonómica como el *Parlament* o las Cortes Generales, puede hablarse de soberanía: sólo de competencias definidas por la Constitución, por más importantes que éstas sean. El parlamento elegido por el voto de los ciudadanos ocupa una posición central entre las instituciones de gobierno, como se ve por las funciones que tiene asignadas en una democracia parlamentaria: elige y controla al gobierno, se encarga de la legislación y aprueba los presupuestos. Pero ejerce esas competencias

⁹ Entre otros, el expresidente de la Generalitat, Quim Torra llegó a afirmar por entonces: “El pleno del *Parlament* es soberano. Ningún funcionario puede decidir si se publica o no una resolución votada por el pleno. Hasta ahí podíamos llegar”. Es un botón de muestra entre muchos.

en colaboración con otros órganos y de acuerdo con la Constitución, las leyes y su propio reglamento interno, lo que implica el control judicial de sus decisiones. Por principales que sean tales competencias, quedan muy lejos del poder indiviso, incondicionado e ilimitado que se atribuye al soberano¹⁰.

La pretensión de que el parlamento es soberano se basa en que es la institución fundamental por medio de la cual se expresa la voluntad popular en la dirección política del Estado, a través de representantes libremente elegidos por los ciudadanos en procesos electorales abiertos. Nada más natural entonces que atribuir la soberanía al pueblo, en lugar de a sus representantes reunidos en asamblea. ¿No es el pueblo soberano?, cabría preguntar. Si por pueblo entendemos el conjunto de los ciudadanos del Estado en tanto que cuerpo político, a juicio de Kriele éste no dispondría en el orden constitucional más que de las competencias asignadas por la Constitución, pues ésta define las vías de participación política por medio de elecciones regulares, plebiscitos, derecho de petición, iniciativa legislativa popular, etcétera. De modo que su respuesta sería negativa: en la medida en que los ciudadanos expresan su voluntad a través de los canales legalmente establecidos, sólo puede hablarse propiamente de competencias, pero no de ejercicio de la soberanía (Kriele 1980, p. 152).

Sí cabe atribuirle como reserva la titularidad de la soberanía en la medida en que todos los poderes se ejercen en nombre del pueblo y sólo a éste corresponde la potestad final de decidir acerca de las cuestiones últimas del orden constitucional, como la de aprobar o derogar la Constitución a través del voto popular. Sería una facultad reservada en exclusiva y que nadie, ya sea una parte del conjunto de los ciudadanos o un poder externo a ellos, puede arrebatarse o usurpar: únicamente la totalidad de los ciudadanos erigidos en cuerpo político puede disponer de la Constitución, siguiendo el principio democrático de que todos deben decidir acerca de aquello que a todos concierne¹¹. Eso venía a sostener la conocida sentencia de 16 de diciembre 2016 del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando se pronunció sobre la constitucionalidad de un referéndum de autodeterminación de Baviera, al afirmar que sólo los ciudadanos, pero no los *länder*, son los “dueños de la Constitución” (Ragone, 2018).

¹⁰ No hay mejor ilustración de la tesis de Kriele de que en el Estado constitucional la pretensión de soberanía es dinamita revolucionario que las sesiones del 6 y 7 de septiembre de 2017 en las que el *Parlament* aprobó las llamadas leyes del referéndum y desconexión, suspendiendo *de facto* la Constitución en Cataluña, es decir, erigiéndose ilegalmente en soberano, pues aquellas leyes eran un pretendido acto de soberanía que rompía el orden constitucional.

¹¹ Como decía el artículo tercero de la Constitución de Cádiz de 1812, que afirmaba dos cosas: 1) que la soberanía reside esencialmente en la Nación, previamente definida, como “la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios”; y 2) que “por lo mismo” corresponde en exclusiva a la totalidad de los ciudadanos “el derecho a establecer sus leyes fundamentales”, a saber, a dotarse de una Constitución. Es difícil, además, desvincular la atribución de soberanía de lo dicho en el artículo anterior: “La nación española es libre e independiente y no es, ni puede ser, patrimonio de ninguna familia ni persona”.

Esa reserva de soberanía es crucial en un régimen constitucional democrático, que opera según el principio de que corresponde al conjunto de los ciudadanos en tanto que cuerpo político decidir acerca de las cuestiones fundamentales del orden político, ya sea directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Si hablamos entonces de soberanía popular, según Kriele, sólo puede ser en este sentido acotado de que corresponde al conjunto de los ciudadanos la potestad última de derogar o aprobar la Constitución, actuando así como *pouvoir constituant*, según la fórmula clásica¹². El ejercicio de esa potestad, sin embargo, se agota en el acto único de aprobar la Constitución. Queda bien lejos de la soberanía que se arrogaban los monarcas absolutos, que permanecía en el tiempo y se manifestaba de continuo en la actividad del gobierno y la legislación. Aquí en el mejor de los casos se reduce a dos momentos: cuando los ciudadanos eligen a sus representantes para la asamblea constituyente y cuando aprueban el proyecto de Constitución en referéndum (Kriele 1980, pp. 152-153).

Pero hay más, porque a lo que dice el autor alemán se podrían añadir algunas consideraciones sobre el sentido de la misma reforma constitucional. A poco que nos fijemos, *dentro* del Estado constitucional esa potestad está regulada y sólo puede ejercerse también de acuerdo con las previsiones que establece la propia Constitución para su reforma. Esas disposiciones no son de orden secundario, pues representan una de las dimensiones esenciales en las que se expresa la supremacía de la Constitución. En tanto que los cambios afectan a los aspectos esenciales del orden político, tales disposiciones no sólo establecen procedimientos de reforma costosos, que requieren mayorías cualificadas con objeto de sustraerlos a los vaivenes de la política partidista y mayorías coyunturales, sino también limitaciones materiales en forma de cláusulas de intangibilidad. No son pocas las constituciones de Estados democráticos, como Francia, Italia o Alemania, que declaran ciertas cosas irreformables, poniéndolas fuera del alcance de cualquier mayoría o plebiscito popular.

Llegados a este punto, habría que preguntarse cuál es la razón por la que Martin Kriele sostiene con tanto vigor esa perfecta incompatibilidad entre soberano y el Estado constitucional. Conviene tener presente que es tanto como preguntarse por el fundamento de la supremacía de la Constitución en el orden político, donde a ningún órgano o autoridad estatal se le atribuyen más que competencias delimitadas constitucionalmente, cuyo ejercicio está sometido a la estricta observancia de la ley y al control jurisdiccional de los tribunales.

¹² En este punto se advierte por qué Kriele destaca la preposición cuando escribe que “*en* el Estado constitucional no hay soberano”, pues contemplado como poder constituyente el pueblo no está *dentro* del Estado constitucional, sino que es anterior. Como explica: “Crea o deroga el Estado constitucional, pero no está *dentro* del Estado constitucional, de modo que la tesis según la cual *en* el Estado constitucional no hay soberano queda intacta”. (Kriele 1980, p. 152). Como es sabido, la distinción entre *pouvoir constituant* y *pouvoirs constitués* con la que juega Kriele tiene su origen en el célebre panfleto escrito por Emmanuel Sieyès en 1789, ¿Qué es el Tercer Estado? (2003).

La respuesta de Kriele es sencilla: “Sólo donde no hay soberano puede haber derechos humanos como *derechos*” (Kriele 1980, p. 157). Dicho de otro modo, sólo en el Estado constitucional los ciudadanos disfrutaban de verdaderos derechos, protegidos legalmente no sólo frente a otros particulares, sino frente a los poderes públicos. Pues tales protecciones fijan límites a la actuación de las autoridades, obligadas como están a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los jueces, por su parte, tienen encomendada como función primordial en el orden constitucional el velar por esas protecciones y salvaguardas de los derechos de los ciudadanos, supervisando para ello la actuación de los poderes públicos. De ahí la trascendencia indudable que tiene asegurar la independencia del poder judicial en el Estado de derecho constitucional, como garante de un orden de derechos y libertades.

El argumento de Kriele descansa sobre la distinción entre “tolerancias” y “derechos subjetivos asegurados institucionalmente”, que le parece clave. En un régimen absolutista puede haber derechos, como puede haber cartas otorgadas, pero se trataría tan sólo de tolerancias, esto es, de concesiones graciosas que hace el gobernante; igual que las otorga podría retirarlas. Cuando habla de “tolerancia” entiende que esos derechos y libertades, en términos políticos, “se agotan en una apelación moral al príncipe soberano”, es decir, no serían más que exhortaciones a que éste los reconozca y respete, conteniéndose en las cosas que podría hacer. Sin embargo, incluso cuando son reconocidos legalmente, allí donde hay soberano éste retiene siempre la potestad de revocarlos en general, como muestra la historia del Edicto de tolerancia de Nantes, que utiliza Kriele como ilustración histórica; además, está igualmente abierta la posibilidad de violarlos en casos particulares (Kriele 1980, pp. 157-158). En resumen, donde hay soberano los derechos individuales, y por descontado los de las minorías, nunca están asegurados institucionalmente ni realmente protegidos contra la voluntad cambiante del gobernante¹³.

Por eso, según el argumento de Kriele, los derechos y libertades sólo pueden ser garantizados adecuadamente en un sistema constitucional, es decir, donde exista división de poderes. Con ello recuerda sin duda el célebre artículo XVI de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. La redacción deja muy clara cuál es el sentido del orden constitucional: asegurar y proteger los derechos de los ciudadanos, para lo cual es necesario limitar el

¹³ Aunque excede los límites de este trabajo, resultaría instructivo comparar el argumento de Kriele con las reflexiones de Benjamín Constant acerca de la necesidad de limitar la soberanía popular: “La soberanía del pueblo no es ilimitada. Está circunscrita a los límites que marcan la justicia y los derechos de los individuos. La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo injusto” (Constant 1997, p. 319). Los paralelismos son evidentes, pues ambos coinciden en que sólo en un orden constitucional donde el poder esté limitado y sujeto a control pueden existir los derechos individuales y la justicia, si bien Constant ataca el carácter absoluto e ilimitado de la soberanía popular, que ve como un “arma peligrosa” que se presta a toda clase de abusos.

poder. De ahí viene la importancia de la separación de poderes, donde resulta crucial la independencia de jueces y tribunales como ya vio Montesquieu, pues no es más que un medio institucional de establecer controles y contrapesos al poder a través de su división¹⁴. Por eso, cuando recuerda la historia constitucional de Inglaterra, insiste en que “para la eficacia de los derechos la independencia judicial es más importante que los catálogos de derechos enunciados en la Constitución” (Kriele 1980, p. 160)¹⁵.

En un régimen constitucional, los derechos no son una apelación moral externa al soberano, que éste puede conceder o derogar a voluntad, sino parte esencial del sistema constitucional, que fija límites a quienquiera que ejerza el poder. Los derechos son definidos por la ley constitucional y desarrollados a través de la interpretación de los tribunales, lo que confiere seguridad y certeza a quienes hacen uso de ellos. Por lo mismo ha de existir la vigilancia judicial con objeto de garantizar su respeto, para lo cual es requisito indispensable no sólo que los jueces sean imparciales e independientes, sino que además incorporen como parte de su *ethos* profesional la misión de velar por esas garantías, en tanto que parte importante de la tradición y la cultura jurídica del régimen constitucional¹⁶. De ahí una de las tesis fundamentales de la obra de Kriele, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales y el Estado constitucional no son posibles el uno sin el otro, pues se implican mutuamente.

El argumento de Kriele, a pesar de meandros y vueltas, no es difícil de seguir en sus líneas maestras: el núcleo moral del Estado constitucional está en la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, el respeto de los cuales es incompatible con la existencia de un soberano; por lo tanto, la soberanía no cabe en el Estado constitucional. Así dice que “los derechos constitucionales son la respuesta a las tendencias hacia la soberanía”, puesto que el rechazo de éstas es imprescindible “para la protección de la libertad humana” (Kriele 1980, p. 159). De ese modo, la historia del Estado constitucional es inseparable de la historia de los derechos. La “razón profunda” de por qué los derechos sólo pueden funcionar en un Estado constitucional sería entonces la siguiente:

¹⁴ Recordemos el libro XI de *El Espíritu de las leyes*, donde a propósito de la Constitución de Inglaterra Montesquieu explica la importancia de la separación de poderes: “Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de notables, o de nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el poder de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares”. Poco antes ha asegurado la importancia de la independencia de los jueces: “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo” (Montesquieu 2020, p. 35).

¹⁵ Kriele ha reiterado esta tesis en otros libros, como en *Liberación e Ilustración*: “Así pues para la realización de los derechos humanos la división de poderes es más importante que el catálogo de esos derechos porque con tal división se mantiene toda vinculación jurídica de la autoridad estatal” (1982, p. 43, las cursivas son del autor). Como recuerda en algún momento, hasta la constitución soviética de 1936 contenía un catálogo de derechos.

¹⁶ Del papel del juez en el Estado constitucional, donde ya no está sometido sólo a la ley, sino también a la Constitución, esto es, a la ley constitucionalmente válida, y ha de velar por los derechos fundamentales, escribe Luigi Ferrajoli (2005, pp. 87 ss.)

Los derechos humanos ponen condiciones y límites a aquel que tiene la competencia de crear y modificar el derecho, pues niegan el poder de violarlos. Ciertamente, los derechos no pueden hacer nada contra un poder fáctico, la desnuda *potestas*, como tampoco puede hacer nada la moral frente al cinismo. *Los derechos sólo tienen efectos frente a otros derechos*, frente a un poder jurídico, esto es, frente a competencias cuyo origen jurídico y cuyo *status* jurídico sea respetado por el titular de la competencia (Kriele 1980, p. 159)¹⁷.

En resumen, Kriele recuerda algo tan fundamental como que en el Estado constitucional el ejercicio del poder político está sujeto a límites y controles con objeto de preservar una orden de libertades igual para todos. Va en ello el sentido esencialmente garantista de la Constitución, como alguna vez ha recordado Sartori (1992, pp. 20-21), que consiste en fijar límites al poder, a cualquier poder, también al poder que emana de unas elecciones o viene respaldado por una mayoría democrática. En otras palabras, incluso el poder que ejercen los ciudadanos en tanto que cuerpo político unos sobre otros, ya sea directamente o a través de representantes elegidos, está sujeto a restricciones y control con objeto de garantizar los derechos que protegen la independencia y la dignidad de las personas¹⁸.

III. Sin Estado constitucional no hay democracia

Hasta aquí hemos explicado que en el Estado constitucional no puede haber un soberano, o ningún poder puede ser considerado soberano, si por tal entendemos un poder ilimitado, indiviso e incondicionado, *legibus solutus*. La razón, como veíamos, es que un régimen de libertades o de instituciones libres sólo es posible allí donde no hay soberano. La libertad sólo está asegurada realmente cuando se cumple esa condición, es decir, cuando está basada en derechos de verdad y no concedida como mera tolerancia.

¹⁷ Conviene reparar en que Kriele prefiere hablar de “derechos humanos” antes que de “derechos fundamentales”, incluso cuando habla de derechos y libertades legalmente reconocidos y garantizados por el entramado institucional del Estado constitucional, seguramente para subrayar su raigambre en la tradición iusnaturalista y la Ilustración.

¹⁸ No es casualidad que Kriele en su argumento apele a la idea de dignidad humana, cuando señala que ésta no es posible bajo un simple régimen de tolerancia, sino que requiere del sistema de derechos amparados por el Estado constitucional: “Sin embargo, el hombre solo camina erguido, sin encorvar su espalda, cuando se mueve en el terreno firme de los derechos asegurados y no tiene que rogar humildemente que se le concedan permisos (o tolerancias)” (Kriele 1980, p. 157). Aun sin nombrarla explícitamente, la alusión al porte erguido es cristalina. Para el jurista alemán la idea de dignidad humana es el eje moral de la Ilustración política, que se desarrolla a partir de la tradición del Derecho Natural, como explica en su trabajo sobre la dignidad de la persona (1982, p. 40), que se corresponde con las secciones de *Liberación e Ilustración* dedicadas a la dignidad humana (1982, pp. 49-56). Como veremos a continuación, la apelación a la dignidad desempeña un papel fundamental en su argumento.

De lo cual se desprende para Kriele una consecuencia de gran trascendencia en lo que aquí nos interesa, pues como afirma después: “(...) únicamente donde la libertad está basada en los derechos humanos, y no en la tolerancia, puede haber democracia” (Kriele 1980, p. 315). Que es tanto como sostener que solamente en un orden político en el que los ciudadanos son verdaderamente libres y tienen sus derechos protegidos, no sólo frente a otros particulares, sino con respecto a las autoridades políticas, se dan las condiciones para que haya democracia, a saber, para que puedan tomar parte en condiciones de igualdad y libertad en las deliberaciones sobre los asuntos públicos y en las decisiones colectivas que a todos afectan.

Podemos reconstruir el argumento del modo siguiente: (1) En el Estado constitucional no puede haber soberano; (2) donde existe soberano no están asegurados los derechos individuales, ni los de las minorías, y la libertad no está segura; (3) la democracia requiere entre sus condiciones que la libertad esté asegurada, lo que supone un régimen donde los derechos de todos estén garantizados en condiciones de igualdad; (4) sólo el Estado constitucional garantiza ese régimen de derechos y libertades igual para todos; de todo lo cual se sigue la conclusión según la cual (5) sólo en el Estado constitucional puede haber democracia.

Kriele ofrece un resumen comprimido de este argumento en algún pasaje que resulta muy ilustrativo, donde recurre a la contraposición entre libertad y miedo, por entender que no podemos considerar libre a quien vive con miedo a otro, una evocación de indudable sabor clásico: “La autodeterminación política (de los ciudadanos) presupone la dignidad humana de quien mantiene el porte erguido, sin miedo. Pues quien movido por el miedo debe inclinar la espalda ante el gobernante (pidiendo humildemente permiso o tolerancia), no se gobierna a sí mismo ni es gobernante evidentemente” (Kriele 1980, p. 315).

Una salvedad es pertinente aquí. El Estado constitucional ha de contemplarse como condición necesaria, aunque no suficiente, para que exista una democracia constitucional. Para ello hace falta además, según explica Kriele, la democratización del Estado constitucional, que pasa históricamente por la democratización del Parlamento y por la institución de la representación, lo que se refleja en dos aspectos mutuamente implicados. Por una parte, la extensión a todos de los derechos y libertades antes reservados a unos pocos, incluidos los derechos a la participación política y el sufragio, en condiciones de igualdad que definen la ciudadanía común. Por otra, el gobierno del pueblo es entendido como gobierno representativo, a saber, por medio de representantes libremente elegidos por el conjunto de los ciudadanos en elecciones periódicas y abiertas, donde la cámara o asamblea de representantes se convierte en órgano central de conformación de la voluntad política del Estado, que se encarga de nombrar o controlar al ejecutivo y hacer las leyes que todos obligan, incluyendo los demás órganos y poderes del Estado.

Hecha esta salvedad, hay que preguntarse si tiene razón Kriele cuando sostiene que la democracia requiere para su desarrollo del Estado constitucional. Una anécdota puede servir para ilustrar este punto. En vísperas de las primeras elecciones en Bosnia tras los acuerdos de paz, en septiembre de 1996, se cuenta que Richard Holbrooke (el diplomático norteamericano, muñidor de los acuerdos de Dayton que pusieron fin a la guerra en Bosnia-Herzegovina) se preguntaba qué pasaría si en unas elecciones libres y limpias, supervisadas por los observadores internacionales, salieran elegidos políticos racistas o separatistas, partidarios de la limpieza étnica y contrarios a la paz¹⁹. Es un caso extremo, obviamente, que viene a incidir en lo que dice Kriele. ¿Podemos seguir hablando mucho tiempo de democracia allí donde los gobernantes, aunque hayan sido elegidos por las urnas, abusan del poder sin respeto a la ley, cercenan los derechos civiles y políticos de una parte de la población, especialmente de las minorías, y socavan de esa forma las bases mismas del pluralismo social y político?

La confusión está naturalmente en tomar las elecciones como epítome de la democracia, separándolas del complejo entramado institucional y la cultura pública que hacen posible una democracia constitucional. Por supuesto, es mucho más fácil organizar unas elecciones que poner en marcha las instituciones que requiere el constitucionalismo liberal; de hecho, muchos autócratas organizan comicios. Pero estos no pueden funcionar sin aquellas. Cómo determinar si no que las elecciones han sido *libres y limpias* donde no se cuenta con un marco legal estable, control judicial independiente, medios de comunicación plurales y protección de las libertades individuales. El error de fondo es contemplar el constitucionalismo liberal como un conjunto de restricciones externas al ejercicio de la democracia, sin pensar que el Estado de derecho y los derechos fundamentales son también condiciones esenciales para el buen funcionamiento del proceso democrático.

Es algo que habría que tener en cuenta cuando se habla, como se hace hoy profusamente, de “democracia iliberal”. Es una expresión encontramos con facilidad tanto en artículos académicos como en los periódicos, donde se aplica con cierta liberalidad al régimen de Erdogan en Turquía, al autoritarismo de Putin o a la “democracia bolivariana” de Maduro. Dentro de la propia Unión Europea, la Hungría de Viktor Orbán se ha convertido en el verdadero laboratorio de la democracia iliberal, que cuenta con imitadores en la Polonia gobernada por el partido Ley y Justicia (PiS) de Jaroslaw Kaczynski, y otros imitadores del grupo de Visegrado.

¹⁹ Las palabras del diplomático estadounidense fueron: “Supongamos –dijo– que los comicios se declararan libres e imparciales y que los elegidos fueran racistas, fascistas y separatistas, públicamente opuestos [a la paz y la reintegración]. Ese es el dilema”. La cita se encuentra en el conocido artículo de Fareed Zakaria, “The Rise of Illiberal Democracy” (1997, p. 22), donde acuña la expresión “democracia iliberal” que años después ha hecho fortuna.

En principio la fórmula no es contradictoria, pues democracia y liberalismo responden a dos cuestiones distintas, a saber, cómo se distribuye el poder y cómo se limita. La democracia dice que el poder último corresponde al conjunto de los ciudadanos constituidos en un cuerpo político, de modo que cada uno de sus miembros tiene igual derecho a participar en su ejercicio; de ahí la centralidad del sufragio universal y el derecho al voto. El liberalismo, en cualquiera de sus versiones, es una doctrina del gobierno limitado, según la cual si queremos asegurar la convivencia en libertad hay que poner coto a la arbitrariedad de los gobernantes y controlar el poder, incluso el poder democrático que ejercen los ciudadanos como cuerpo político. Las técnicas para ello son variadas, desde la separación de poderes a la protección constitucional de las libertades, pero todo pasa necesariamente por que el ejercicio del poder esté sujeto firmemente al imperio de la ley.

Con la perspectiva que da la experiencia histórica, sin embargo, hay que reconocer que lo que pudo parecer un matrimonio de conveniencia ha demostrado ser una alianza extraordinariamente robusta y estable. De hecho, cuesta encontrar ejemplos de regímenes liberales que no sean hoy democráticos. Como resulta más que dudoso que una democracia plena no esté montada sobre los principios e instituciones del constitucionalismo liberal, que es la tesis defendida por Martin Kriele.

En consecuencia, hay que tener cuidado con la expresión “democracia iliberal”, pues concede demasiado y confunde más que otra cosa. Podemos entender que la usen gobernantes autoritarios y líderes populistas, dado que les permite presentarse como democráticos, aunque contrarios al liberalismo²⁰. Sin embargo, a poco que tengamos una visión más rica de una sociedad democrática, la mera celebración de elecciones no es condición suficiente. En su lugar, deberíamos hablar mejor de democracias deficientes o de baja calidad, cuando no de regímenes híbridos o autoritarios en los casos más graves²¹, para calificar a aquellos Estados donde los principios del constitucionalismo liberal no son adecuadamente respetados.

²⁰ Esa es la razón por la que Jan-Werner Müller rechaza el sintagma “democracia iliberal” que le parece sumamente “engañoso” e insiste en que no es una cuestión puramente semántica; por el contrario, es políticamente contraproducente, pues oculta el hecho de que, cuando se socavan las instituciones liberales que garantizan las libertades y el pluralismo, es la misma democracia la que sale malparada y sufre daño (2016, pp. 50-60).

²¹ Empleo aquí la terminología al uso en los rankings internacionales de calidad democrática, como el que elabora anualmente la revista *The Economist*: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>.

IV. Dos concepciones rivales de la democracia

Hay una concepción alternativa del principio democrático, según la cual éste consiste en el ejercicio de la soberanía popular, que se aparta de las líneas expuestas anteriormente por Martin Kriele. En la interpretación que hemos visto del jurista alemán, el pueblo renuncia a ejercer la soberanía al dotarse de una Constitución (el acto soberano de renunciar a la soberanía), que queda únicamente como titularidad latente del poder constituyente, esto es, para decidir acerca de la Constitución y las cuestiones fundamentales del orden político, que nadie podría detentar en su lugar²². De ahí que cobre un cariz muy distinto en la concepción alternativa, según la cual la democracia consiste simplemente en democratizar la soberanía, trasladándola con todos sus atributos del monarca al pueblo, reemplazando a uno por otro. Es tanto como concebir la soberanía según el modelo del soberano monárquico, que simplemente se transfiere ahora al pueblo²³.

Recordemos que la posición del príncipe soberano era bien diferente. Incluso en el caso de que hubiera otorgado una Constitución, seguía siendo quien concentraba mayor poder como jefe del ejecutivo. Como explica Kriele, “no se retira después de haber dictado la Constitución, sino que permanece siempre presente y capaz de actuar” (1980, p. 318). Al retener la soberanía, “puede en cualquier momento modificar las competencias y previsiones constitucionales, derogarlas e incluso violarlas”. Si calcamos la idea de soberanía popular siguiendo el patrón del monarca absoluto, tenemos una concepción de la democracia según la cual el pueblo soberano debería estar “siempre presente y ser capaz de actuar” como tal, lo que arroja una pesada sombra sobre el orden constitucional.

Concebido de esta forma, el soberano popular estaría siempre presente y por encima de la Constitución, sin verse coartado por ésta, pues siempre puede alterar o derogar las disposiciones constitucionales, incluyendo aquellas que protegen las libertades individuales y los derechos de las minorías, lo que afecta

²² Como recuerda nuestro autor al marcar la diferencia entre el ejercicio y la titularidad que queda latente, aunque reconocida en el hecho de que el poder se ejerce por los diversos órganos constitucionales en nombre del pueblo: “La soberanía del pueblo no significa, pues, que el pueblo *ejerce* el poder, sino que el poder que está dividido y ejercido por diversos órganos constitucionales *proviene* del pueblo. Dentro del Estado constitucional también el pueblo tiene tan solo ciertas competencias y derechos, a saber, las elecciones y votaciones, la participación en partidos, asociaciones y reuniones, el derecho de petición, la formación de la opinión pública, etcétera” (Kriele 1980, pp. 317-318).

²³ Aquí también se advierte el paralelismo con Constant, para quien constituye el gran error de quienes otorgan un poder sin límites al pueblo, pues como dice “su cólera se dirigió contra los detentadores del poder y no contra el poder en sí mismo. En lugar de destruirlo, sólo pensaron en desplazarlo”. Además, con la experiencia de los excesos revolucionarios, adelantó la dinámica a la que conduce este error: “Se lo entregaron a toda la sociedad; de la sociedad pasó forzosamente a la mayoría, de la mayoría a manos de unos cuantos y, con frecuencia, a las de uno solo” (Constant 1997, p. 312).

inevitablemente a las condiciones que hacen posible el pluralismo político y la propia democracia. Esta concepción de la democracia no puede ser más opuesta a los principios del constitucionalismo democrático o de la democracia constitucional, como venimos diciendo, dentro de la cual no cabe un soberano popular así entendido. Al contrario, se entiende que el pueblo renuncia al ejercicio de la soberanía al darse una Constitución con objeto de preservar un orden de libertades igual para todos, asegurando con ello las condiciones para el pluralismo social y la participación política democrática.

De ahí que Kriele proponga denominar a estas dos concepciones diferentes de la democracia como “Estado constitucional democrático”, de un lado, y “soberanía democrática”, de otro, insistiendo en su carácter mutuamente excluyente. Los presenta como dos modelos antagónicos o rivales de democracia, a modo de “tipos ideales”, que admiten variaciones de grado y solapamientos en la realidad histórica. Pero con la misma rotundidad insiste en la necesidad de establecer un nítido contraste entre estas dos concepciones, pues son muchas las confusiones que surgen de no distinguir entre ambos modelos de democracia. En particular le preocupa el grave error de interpretar el Estado constitucional democrático a partir de los principios del modelo de la soberanía democrática o popular, pues con ello no sólo se desfigura al primero, sino que se arrojan dudas acerca de su legitimidad. No es una cuestión de falta de comprensión teórica, acerca de las instituciones y fundamentos normativos del Estado constitucional, sino que tiene inevitablemente consecuencias de orden político evidentes, como explica en el siguiente pasaje:

Esto da lugar a una contradicción de principios que conduce no sólo a oscuridades y confusiones teóricas, sino a veces también a una dinámica revolucionaria que apunta al ‘perfeccionamiento de la democracia’ y esto quiere decir a la transformación del Estado constitucional democrático en otra cosa (la soberanía democrática). En el camino se pierden, a menudo, las condiciones para todo tipo de democracia (p. 320).

No está mal el aviso de lo que se pierde por el camino. Pues el eje normativo del modelo de la soberanía democrática se basa, a juicio de Kriele, en el ideal de la perfecta identidad entre gobernantes y gobernados, por eso la llama también “democracia de la identidad” (p. 321). Su núcleo doctrinal establece que el ideal democrático es la autodeterminación o autonomía colectiva de los ciudadanos, en la que todos han de decidir acerca de los cuestiones que conciernen a todos, pero de ello extrae como conclusión la exigencia final de abolir la diferencia entre gobernantes y gobernados; todo lo que no sea eso sería heteronomía, pues implica estar sometidos al dominio de otros. Como explica el autor alemán:

El núcleo de esta teoría está constituido por la tesis de que la identidad entre los gobernantes y los gobernados y la libertad son la misma cosa. De ahí surge la hipótesis: *cuánta más identidad, más libertad* (Kriele 1980, p. 323, cursivas del autor).

Es fácil reconstruir el fundamento en el que se basa esta concepción de la soberanía democrática, pues consiste en entender que la identidad entre gobernantes y gobernados significa la ausencia de dominio de unos sobre otros. Si la libertad se entiende como ausencia de dominación, entonces aquella identidad no es sino otro nombre para la libertad; de paso no habría ninguna diferencia entre ésta y la igualdad, pues vendrían ser las dos caras de la misma moneda. El ideal se vuelve así mucho más ambicioso, pues ya no se trata de limitar el poder para asegurar la libertad, sino que se aspira a la supresión de toda heteronomía. Con ello se cambia el sentido de la libertad, que no se contempla ya como “protección”, sino como “autodeterminación” (Kriele 1980, p. 324)²⁴. En lugar de limitar el ejercicio del poder de unos hombres sobre otros por medio del sometimiento de todos al derecho, se persigue superar tal situación distribuyendo por igual el poder entre todos con la pretensión de que, obedeciendo al cuerpo político como conjunto, cada uno no se obedece más que a sí mismo, según la célebre fórmula de Rousseau²⁵. Lo que significa obviar, por cierto, buena parte de lo que sabemos sobre los problemas de acción colectiva.

Como es notorio, tal ideal resulta irrealizable en los grandes Estados territoriales modernos²⁶; si es que no lo fue de forma muy imperfecta en las ciudades Estados y pequeñas repúblicas del pasado. Pero eso no es obstáculo para que se mantenga como ideal, como exigencia o proyecto: “tanta identidad como sea posible”. Eso significa que las instituciones representativas de la democracia constitucional (el gobierno popular como gobierno representativo) son contempladas como un mero sucedáneo, impuesto por necesidades prácticas, de la verdadera democracia. Y de esta forma quedan desvirtuadas y siempre en entredicho, como una forma al fin y al cabo de heteronomía, por comparación con el genuino ideal democrático.

Aquí Kriele sirve para detectar muy bien el problema que plantean los discursos populistas acerca del pueblo y la élite o la casta, pues engarzan muy bien con esta concepción de la democracia como identidad; de igual modo la

²⁴ En el fondo esa contraposición es la que subyace a la oposición que establece entre Ilustración y liberación, que es el hilo argumental de otro de sus libros más conocidos (Kriele 1982).

²⁵ La cita de Rousseau no es casual, pues Kriele le atribuye la paternidad intelectual del modelo de la “soberanía democrática”: “La soberanía del pueblo no descansa, sino que el soberano popular está siempre presente y capaz de actuar. (...) Este es el modelo del Estado de Rousseau”. Nuestro autor, además, no duda en afirmar que es el mismo modelo de Hobbes, “solo que el gobernante ha cambiado de nombre” y “su poder absoluto, irresistible, se ha incrementado todavía más” (1980, p. 319).

²⁶ Como ya señaló Benjamín Constant en su célebre conferencia sobre la libertad de los antiguos y la de los modernos (1819), de la que hay nueva edición española en 2020.

apelación al ejercicio continuado de la soberanía popular sirve de fundamento a la concepción plebiscitaria, antiliberal, de la democracia. Lo relevante es que si interpretamos al Estado constitucional democrático a la luz de los principios de la soberanía democrática sale inevitablemente malparada la legitimidad de aquel. Se lo contempla como una etapa intermedia o un compromiso provisional con las fuerzas del *status quo*, o aparece “como una democracia incompleta ligada a las estructuras tradicionales del poder”; una situación que tendría que ser superada para conseguir más democracia o una democracia de verdad. Son ideas que reverberan en eso que da en llamarse eufemísticamente “la conversación pública”.

Kriele habla en realidad de dos variantes de esa incorrecta interpretación de la democracia constitucional que se hace a partir de las bases de la soberanía democrática, a las que denomina “política dinámica” y “teórico-estática” respectivamente (Kriele 1980, p. 335). La primera se refiere a aquellos movimientos y partidos que persiguen activamente la transformación del Estado constitucional en dirección a la soberanía democrática, aunque ello signifique dismantelar las instituciones de la democracia liberal y el Estado de derecho, con objeto de subordinarlas a la soberanía popular (o al designio de aquellos líderes políticos que dicen hablar en su nombre).

La otra modalidad es simplemente teórica, pues consiste en interpretar las instituciones de la democracia constitucional conforme a principios ajenos, propios del otro modelo de la democracia de la identidad. Con ser simplemente teórica, no por ello deja de ser nociva, pues pone en cuestión la legitimidad del Estado constitucional presentándolo como una componenda o cuestionando sus credenciales democráticas en nombre de la verdadera democracia, que sería la “democracia de la identidad”. Lejos de quedarse en meras disputas académicas, siempre tiene consecuencias prácticas, pues con ello se abre la puerta a la dinámica de deslegitimación y superación del orden constitucional. Como resume Kriele:

Las falsas interpretaciones pueden incidir en la realidad política y hasta provocar *crisis de legitimidad*. El Estado constitucional democrático puede resistir a esos embates sólo si existe un número suficientemente amplio de ciudadanos que lo interpretan correctamente (Kriele 1980, pp. 335-336).

No se me ocurre mejor forma de subrayar la importancia de la filosofía política, en este caso de las disputas filosóficas en torno al significado del Estado constitucional y la democracia. Que es tanto como hablar no sólo de la necesidad de que los ciudadanos comprendan correctamente las bases normativas del Estado constitucional, sino también del peligro que representan las concepciones equivocadas acerca de la democracia. De lo dicho por Kriele se desprende el riesgo de que la idea de soberanía democrática nos lleve a

malinterpretar el sentido de un régimen constitucional democrático, juzgándolo a partir de ideales y principios que le son ajenos, como sería la democracia de la identidad, a cuya luz aparece irremediabilmente distorsionado. Las interpretaciones erróneas no son inocuas en filosofía política y pueden tener serias repercusiones en el sistema político y la convivencia social, pues acaban inevitablemente por socavar las condiciones institucionales de la libertad y con ello la propia democracia. Con la experiencia histórica acumulada, no se puede ignorar la paradoja de que la democracia puede ser amenazada en nombre de la democracia. Si hemos aprendido que ésta sólo es posible allí donde los derechos y libertades de todos están garantizados, ofreciendo de ese modo amparo al pluralismo, eso implica que no cabe disociar democracia y Estado constitucional. Y mucho menos oponer la primera al segundo, aunque eso suponga admitir que no hay soberano en el orden constitucional. No es una enseñanza desdeñable. De ahí que los argumentos de Kriele no hayan perdido relevancia ni actualidad.

Referencias

- Arias Maldonado, Manuel 2020, *Nostalgia del soberano*. Madrid: Libros de la Catarata.
- Arias Maldonado, Manuel 2021, *Abecedario democrático*. Madrid: Turner.
- Beneyto, José María 1983, “Interpretación constitucional y legitimidad democrática en la obra de Martin Kriele” en *Revista de Derecho Político*, 17, pp. 153-175.
- Constant, Benjamin (1997), *Écrits politiques*. Paris, Gallimard.
- Constant, Benjamin (2020), *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos*. Barcelona: 2020.
- Ferrajoli, Luigi 2005, “El papel de la función judicial en el Estado de derecho”, en Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: UNAM, pp. 87-108.
- Grimm, Dieter 2015, *Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, New York: Columbia University Press.
- Kriele, Martin 1980, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Kriele, Martin 1982a, *Liberación e Ilustración. Defensa de los derechos humanos*. Barcelona: Herder.
- Kriele, Martin 1982b, “Libertad y dignidad de la persona humana” en *Persona y Derecho*, 9, pp. 39-46.
- Montesquieu 2020, *La separación de poderes*. Barcelona: Página Indómita.
- Mounk, Yascha 2018, *El pueblo contra la democracia*. Barcelona: Paidós.
- Müller, Jan-Werner 2016, *What is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Olivas, José Javier 2021, “Populismo en España: fundamentos teóricos y relatos dominantes”, en *Araucaria. Revista de Filosofía, Política y Humanidades*, 47, pp. 371-401.
- Pech, Laurent y Scheppele, Kim Lane 2017, “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU” en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, pp. 1-45.
- Ragone, Sabrina 2018, “Los Länder no son ‘señores de la Constitución’: El Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el referéndum separatista bávaro”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, pp. 407-418.
- Robles, Gregorio 2021, “Razón práctica y Derecho: la teoría del Estado y la interpretación jurídico-constitucional en Martin Kriele”, en *Epistemología y Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, pp. 69-106.
- Sartori, Giovanni 1992, “Constitución”, en *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza, pp. 13-27.

Sieyès, Emmanuel 2003, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madrid: Alianza.

Zakaria, Fareed 1997, “The Rise of Illiberal Democracy”, *Foreign Affairs*, Vol. 76, n° 6 (Nov.-Dec), pp. 22-43.