

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**LEGITIMIDAD, LEALTAD
CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA
MILITANTE**

LEONARDO ÁLVAREZ

SUMARIO

I. LEGITIMIDAD. II. LEALTAD CONSTITUCIONAL. III. DEMOCRACIA MILITANTE. IV. «EL ESPÍRITU DE LA USURPACIÓN».

LEGITIMIDAD, LEALTAD CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA MILITANTE

LEONARDO ÁLVAREZ

Universidad de Oviedo

La celebración en Bilbao, en febrero de 2023, de un seminario académico sobre *Legitimidad, Lealtad Constitucional y Democracia Militante* organizado por el Grupo de historia intelectual de la Política Moderna de la Universidad del País Vasco (EHU), es la ocasión propicia para redactar esta *Tribuna* dirigida a fijar el significado de tres conceptos que muchas veces se manejan sin precisión por la doctrina constitucional española.

I. LEGITIMIDAD

1. *Legitimidad: una realidad temprana, una conceptualización tardía*

La legitimidad es un fenómeno existencial que emerge lenta y sigilosamente de manera empírica a partir del siglo XIII, a medida que se va afirmando la sociedad moderna. Es una consecuencia de su laicidad y auto referencialidad, en suma, de la paulatina autonomización o diferenciación en sentido luhmanniano del orden político-religioso medieval. Una sociedad desacralizada y que se sostiene sobre sí misma, convierte la legitimidad en la conciencia colectivamente compartida que le confiere unidad política a base del soporte que brota del consentimiento general; un consentimiento que integra a los individuos y hace prescindible la fuerza (G. Ferrero). Algo que sintetiza la famosa advertencia que la tradición pone en boca de Talleyrand frente a Bonaparte en los críticos momentos del 18 de Brumario: «Con las bayonetas lo podéis hacer todo, Sire, menos una cosa: sentaros encima de ellas». («*Sire, on peut tout faire avec les baïonnettes excepté de s'asseoir dessus!*»)

La irrupción de la legitimidad se explica desde el interrogante que suscitaría Étienne de la Boétie en su «*Discurso sobre la servidumbre voluntaria*» (escrito en 1548 y publicado en 1572), ¿Por qué obedecemos? Porque queremos –responde la Boétie–, porque aceptamos consciente y voluntariamente la obediencia, asumiendo como propia la racionalidad política del gobernante, que nos parece coherente y resulta palmaria para el orden credencial humano («justa»). La irrupción de la legitimidad determina que la justificación política del gobierno (las motivaciones sociales compartidas que conducen a la obediencia política) se haga estructural, y el uso de la fuerza derive en mera coyuntura ceñida a remediar patologías (*ius puniendi*). Una de las claves de la legitimidad radica en su capacidad para conferir estabilidad al poder (governabilidad) al margen de la fuerza. La legitimidad abre camino a esa técnica de oposición que son las doctrinas de resistencia pacífica y de no violencia, de Henry Thoreau a Gandhi, y cuyo argumento será siempre el mismo: «la fuerza se puede imponer por un momento, pero no elimina la necesidad de que vuelva a ser utilizada» (Edmund Burke en relación con las sedicentes colonias americanas).

La irrupción de la legitimidad se enmarca en el nacimiento de la cultura política que resulta de aquel desencantamiento del mundo del que hablara Weber, y que viene señalado por el tránsito de lo personal a lo institucional, por la sustitución de las relaciones personales por las objetivo-rationales. Representa el paso de la lealtad entendida como una relación de sujeción personal fundada en la fidelidad *intuitu personae*, a la obediencia construida desde la legitimidad del orden estatal, en un orden objetivo en el que los hombres se encuentran involucrados como algo propio y al tiempo abstracto. Conceptualmente implica una reconversión de la lealtad feudal y vasallática en lealtad legítima, en obediencia a las instituciones y no a los hombres. De lo concreto a lo abstracto, y de lo personal a lo objetivo-institucional.

El re-encuadramiento de la lealtad a consecuencia de la irrupción de la legitimidad constitucional, conoce tres hitos:

1. La Revolución inglesa de 1640, que desencadenará una intensa polémica en la que se contrapondrán las explicaciones religiosas de la política y la antigua lealtad feudal al Rey (e incluso también el patriotismo republicano: «*Amo la patria mia più dell'anima.*» [Maquiavelo, Cartas]), frente a la nueva lealtad hacia el Estado, legítima expresión de la continuidad de la política, así como contra los argumentos de la obediencia no política a un poder de facto, al poder despolitizado (*derelección*). Estos debates se plasman históricamente en torno a la validez *postmortem* del juramento de fidelidad al ejecutado Carlos I Estuardo, a su eficacia una vez depuesto y a la necesidad de renovarlo, contra la idea de una obediencia pasiva al poder del Estado que lo ha sustituido y que no precisa reafirmación porque encarna en sí mismo la continuidad del poder. Se trata de la «controversia del *Engagement*», protagonizada entre otros por Hobbes y Milton (*The Tenure of Kings and Magistrates* 1649). Es importante recalcar el término que sirve para identificar la polémica: «*engagé*». Una expresión que el lenguaje constitucional inglés toma en préstamo del francés

medieval, para expresar la implicación mutua entre personas que intercambian fidelidad personal. Con la legitimidad lo nuevo es que la lealtad se predica de una entidad objetiva (institución) de la que el sometido es y se tiene por parte efectiva.

2. La Revolución Francesa y la necesidad de concluir la (el problema de *¿cómo terminar la Revolución?*) que dará pie al nacimiento del concepto de Gobierno Constitucional. Se trata de la querrela Benjamin Constant/Lezay-Marnezia de 1795 sobre la conveniencia de adherirse a un poder de hecho y sus condiciones. Más allá de que el debate desembocó en lo que será el concepto continental europeo de Constitución (frente al norteamericano), lo importante es que aquí se dilucidará por primera vez el problema de los límites de la oposición constitucional y de la lealtad debida a un régimen (y señala el nacimiento del concepto de «Defensa Republicana» y de lo que luego en la Italia posterior a 1947 se llamará *«conventio ad excludendum»* o arco constitucional). Manuel Azaña lo dice todo en la celebre y discutida máxima que preside su acción: «La República es para todos, el gobierno para los republicanos».
3. El conflicto que desde finales del XIX a la primera mitad del XX, opondrá a Gran Bretaña con la católica Irlanda sedicente. Un conflicto largo y lleno de tretas y especialmente de argucias parlamentarias practicadas por la minoría irlandesa en Westminster (obstruccionismo), en el que el derecho se utilizará con frecuencia como burladero para destruir la propia legalidad que lo ampara. Donde, como afirmará Louis Bouilllot («Reclamo de vosotros y en nombre de vuestros principios la libertad que os niego en nombre de los que me son propios»), la Constitución será empleada para destruir la Constitución.

En este marco, la Ley de juramentos parlamentarios británica de 1866, impondrá el juramento como requisito previo para acceder a la condición parlamentaria. Un juramento que no puede ser rehusado ni rectificado, ni reelaborado o retocado en su literalidad como texto o ser objeto de añadido alguno, en la medida en que es la expresión del compromiso a cumplir con lealtad hacia la comunidad de la que se forma parte, de las obligaciones inherentes al escaño parlamentario del que de posesiona el representante. Se trata de una cuestión que fue objeto de enjuiciamiento por el TEDH, que en sentencia de 8 de junio de 1999 consideró su exigencia conforme a derecho. En contra de todo ello, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 119/1990 ha defendido su carácter no esencial a base de relativizarlo, confundiendo acatamiento inerte (obediencia *derelicta*) con lealtad pasiva e identificando asimismo de manera errónea la posibilidad de revisión o reforma total de la Constitución contemplada en la CE con la despolitización o desustanciación de la Constitución.

La STC 119/1990 tiene su fundamento en la anterior de 101/1983, que al vincular Juramento y «Democracia militante» abre un portillo argumental a la posible constitucionalidad del hecho de añadir al texto de la fórmula juramental establecida, la frase «por imperativo legal», entendiendo que semejante conducta no merma en

nada la validez del juramento. Sin perjuicio de lo que luego se diga en relación con la «Democracia militante» conviene llamar la atención sobre dos datos:

- a) El pronunciamiento del TC español se ha efectuado con ocasión de amparos, lo que puede explicar que en su argumentación haya primado lo subjetivo (entendiendo el art 23.1 CE como un derecho del representante) en detrimento de las consideraciones objetivas que son las propias de la Teoría Constitucional, extremo éste en el que los razonamientos del Tribunal se muestran intelectualmente harto débiles.
- b) En el Estado moderno existen tres posibles fórmulas de sometimientos al Poder: (i) el sometimiento de quien ve en el mismo una fuerza ajena frente a la que se encuentra totalmente entregado a consecuencia de su estado de desposesión (acatamiento relicto), (ii) el sometimiento pasivo de un hombre indiferente que no se preocupa por ejercer su condición política aun a sabiendas de que es suya y de que no puede renunciar en ningún caso a su titularidad (sometimiento por defecto) por mucho de que no opere de manera activa, (iii), implicación en un poder en el que se participa activamente en la medida en que se es parte del mismo con exclusión expresa de cualquier otra alternativa ideológica – Democracia Militante – en una relación de lealtad mutua (lealtad constitucional). En el primero, el hombre no es nada y el juramento resulta ser un simple acatamiento, posiblemente en espera de poder revertir la situación haciendo bueno el viejo apotegma atribuido a Maquiavelo «ningún pobre se hace rico si no es ladrón, ningún siervo puede ser libre sino no es felón», en el segundo existe siempre obligación de lealtad, lo que sucede es que una cosa es que esta se proyecte en una aceptación pasiva del orden político y la otra exija un deber de acción positiva y de exclusión frente a terceros enemigos de la forma política. En el primero el juramento no vale nada es una simple triquiñuela formal, en el segundo tiene un valor de compromiso de no incurrir en fraude.

En este marco, importa recordar la distinción entre lealtad y el acatamiento que en el razonamiento de TC español se confunden. El acatamiento es la aceptación que expresa un sujeto políticamente inane (del latín *inanus*, vacío) que habida cuenta de su estado de desarme político hace de la obediencia un simple hecho fáctico al que no se considera vinculado más allá de la fuerza que eventualmente le obligue y respalde. El acatamiento convierte el juramento en un requisito, un trámite que no comporta obligación duradera alguna porque se agota en sí mismo y es lo contrario a la lealtad; en el fondo es una invitación misma a la deslealtad: la versión moderna del sometimiento propio de un siervo de la gleba que acata a secas porque no tiene otro remedio. La lealtad es la obligación de respetar los fondos además de las formas y el juramento -como señala Giorgio Lombardi- representa una «garantía de la sinceridad de la promesa, de la veracidad de su afirmación», es decir que mediante el juramentado se asume expresamente el deber de excluir la doblez y el fraude que implica admitir

la forma para negar primero el fondo y destruirlo después. La lealtad se proyecta en una conducta y no en un acto singular y confiere estabilidad a los comportamientos y no supone una invitación a un cabe todo donde la traición resulta impunible.

2. *Los enfoques de la Legitimidad*

La legitimidad es un concepto radicalmente polémico, cabría decir que de combate, del que sólo se habla cuando media un conflicto agónico, y en consecuencia sus definiciones son siempre hijas de un tiempo de especial tensión en la fundamentación de la Política. Así sucede en dos ocasiones, una en 1814 con Constant, Tayllerand y Chautebriand y otra, tras la I^o Guerra Mundial con Weber y Ferrero. Del primero, surge la categoría intelectual de legitimidad como concepto científico objetivo, ante al intento del partido realista de apropiarse de la legitimidad como elemento identificador de su propia idiosincrasia (legitimismo). Del segundo aparece la acotación fenomenológica de sus manifestaciones (los tipos Weberianos) y su conceptualización ontológica a través del estudio de sus rasgos histórico-fenomenológicos (contingencia y perdurabilidad). Desde las aportaciones de estos dos autores cabe construir dos enfoques desde los que es posible enfrentar al estudio de la legitimidad:

- El weberiano del tipo puro sintetizado en el taller-laboratorio del *scholar* académico, que ofrece la virtualidad de comprender la lógica interna de cada principio y opinar sobre racionalidad sistemática.
- El ferreriano que, al analizar el planteamiento concreto-real imperante en cada realidad política, se centra en una fórmula práctica alambicada y a veces internamente disonante pero efectivamente imperante, en la que se integran más o menos amontonadamente elementos de procedencia contradictoria, uno de los cuales predomina sobre los demás y al servirles de matriz habitualmente los bautiza con su nombre. Lo que conocemos como Legitimidad Constitucional se encuadra dentro de este último, ya que conviven en ella elementos procedentes de distintos tipos puros (libertad, democracia, monarquía, socialismo) enmarcados armonizadamente por la normatividad de la Constitución.

II. LEALTAD CONSTITUCIONAL

La lealtad constitucional es un concepto europeo que como tal no se conoce en Estados Unidos. Los norteamericanos prefieren hablar de patriotismo porque el origen de la lealtad se remonta a la Independencia americana, que es anterior a la propia existencia de la Constitución. La guerra entre patriotas (republicanos) y monárquicos leales es la última expresión de la política clásica (Wood).

En Europa la lealtad se enmarca en el concepto de Constitución de la democracia pluralista que empezará a conocer el continente tras la III^o República Francesa, la

Constitución que integra varias ideologías, una legitimidad que como no responde a un principio particular obedece a la Constitución a la que identifica con la legitimidad. Específicamente en Europa continental, la lealtad constitucional es una categoría característica del derecho público alemán que se desarrolla normativa y teóricamente en el marco de la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Para poder comprenderla es necesario reparar en los tres presupuestos que la soportan: a) el método científico del derecho, lo que explicará su concepción como norma de lealtad, b) el objeto al que sirve: la Constitución, que permitirá hablar de lealtad constitucional y c) su función: la garantía de la unidad en el contexto de una diversidad preexistente.

A) El método científico del derecho y la lealtad constitucional como norma. El concepto de lealtad constitucional se explica, en primer lugar, a partir de los presupuestos metodológicos que justificaron el surgimiento de la cientificidad del derecho en Alemania a finales del siglo XIX y principios del siglo XX: su concepción como orden normativo, y su consiguiente diferenciación de los elementos sociológicos, morales e históricos antes fusionados en su tratamiento.

La cientificidad del derecho auspiciada por Gerber, Laband y Jellinek —y fundamentada en las exigencias teóricas del método kantiano de división del trabajo— fue la responsable de la conversión del concepto sociológico de legitimidad en el normativo de lealtad. Es, en definitiva, la cientificidad del derecho la que explica que el problema de la estabilidad y la preservación del orden jurídico comience a abordarse a partir de la forma normativa de la lealtad.

Además del concepto de legitimidad, también en la norma de lealtad acaban cristalizando otras ideas de lealtad. Particularmente, la de lealtad federal, difundida en la iuspublicística alemana de los siglos XVII y XVIII, revestida todavía de los tintes sociológicos, morales y personalistas característicos de la Edad Media. Paradójicamente, la primera categoría de lealtad que se normativiza plenamente durante el primer tercio del siglo XX es justamente la lealtad federal.

Así aparece en la obra Rudolf Smend titulada «*Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundestaat*» publicada en 1916, que se considera la primera construcción normativa de la lealtad federal. A este autor se remite la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE. 1, 299), de 21 de mayo de 1952, que representa la primera decisión jurisdiccional que habla de lealtad en el vigente derecho constitucional alemán.

Esta sentencia influirá de manera determinante en el Tribunal Constitucional español, que ya desde su más temprana jurisprudencia afirmará la existencia de una norma de lealtad derivada de la naturaleza misma del Estado políticamente descentralizado reconocido en el art. 2 de la Constitución Española de 1978 (STC 18/1982). La norma de lealtad federal se materializará en el ordenamiento constitucional español en una norma de lealtad autonómica (más tardíamente la STC 89/2019).

B) La Constitución como objeto de la lealtad. El concepto de lealtad, además de ser solo comprensible históricamente a partir el desarrollo de un método científico

de análisis del Derecho, lo que justificará su concepción como norma, presupone un determinado objeto: la Constitución. Se habla de norma de lealtad constitucional para referirse precisamente a que lo que pretende la lealtad es la garantía de la estabilidad de la Constitución, ya se verá seguidamente en qué concretos términos. Con ello se marca una decisiva diferencia con el concepto de lealtad que resulta inmediatamente del desarrollo de la cientificidad del derecho a finales del siglo XIX y principios del XX.

En efecto, el primer objeto de la norma de lealtad es el Estado, no la Constitución. Aunque los postulados metodológicos kantianos desempeñaron un importante protagonismo en el desarrollo de la normatividad y de la positividad del derecho, no puede desconocerse que, en las obras de Gerber, Laband y Jellinek esos elementos tuvieron como finalidad reforzar el poder decisorio de la monarquía surgida de la Constitución de 1871, que representaba la unidad del Estado frente a los avances de la democracia.

Esta idea antidemocrática de preservación de la unidad del Estado condensada en la figura del monarca era la que hallaba en el trasfondo del concepto de lealtad federal construido por Rudolf Smend en su obra publicada en 1916. Esto cambia radicalmente después de la Segunda Guerra Mundial como resultado de la concepción de la Constitución como una verdadera norma suprema, carácter del que careció la Constitución de Weimar de 1919.

Es la Ley Fundamental de Bonn 1949 la que convierte por primera vez a la Constitución en objeto de la norma lealtad, implicando su definitiva democratización. Así se aprecia en el art. 5,3 en el que se dispone la libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución. Un concepto de lealtad que se reitera también en el art. 33,4, aunque también en los más genéricamente conocidos arts. 9,2, 18 y 21,2 de los que posteriormente se hablará, y que articulan una clara ligazón entre lealtad-constitución y democracia.

C) Función. Precisamente en el marco de un sistema democrático cobra sentido la función que trata de ejercer la norma de lealtad constitucional. Antes se ha visto cómo el proceso de cientificidad del Derecho, la convierte en norma, y la supremacía de la Constitución la define como constitucional. Pero lo que caracteriza a la norma de lealtad constitucional, en último extremo, es su función -- que comparte con el concepto de legitimidad--: la garantía y la preservación de la unidad en el contexto de una diversidad preexistente. La diversidad que hace posible el sistema democrático.

Esa función es la que se plasma en la norma de lealtad constitucional que se recoge de forma expresa en el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn, que contempla la pérdida de ciertos derechos fundamentales cuando sean utilizados para atentar contra la democracia. Algo que también se aprecia en su art. 21,2, que declara inconstitucionales los partidos políticos que persigan fines contrarios a la democracia. Lo que pretenden estas normas de lealtad es que el pluralismo y la diversidad que permiten los derechos fundamentales no pongan en peligro la preservación del principio democrático mismo que los hace posibles.

Esta misma función la ejercen en las normas de lealtad federal y lealtad interorgánica, si bien no han recibido plasmación expresa en la Ley Fundamental, sino que son el resultado de una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán. Estas normas también prohíben que la diversidad que se genera a) con el reparto competencial entre las entidades territoriales y b) con la distribución de funciones entre órganos constitucionales, ponga en peligro el funcionamiento unitario del sistema. Los comportamientos que así lo hagan son inconstitucionales. En definitiva, compatibilizar la diversidad y la unidad es la función de la norma de lealtad constitucional.

La Constitución Española de 1978, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, no alude a la lealtad constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, siguiendo la estela del alemán, ha afirmado que de la Constitución Española también pueden derivarse de forma implícita una norma de lealtad autonómica (entre otras, ya la STC 18/1982) y una norma de lealtad interorgánica, que ha recibido con más frecuencia la denominación de lealtad institucional (entre otras, SSTC 164/2001; 89/2019). Sin embargo, como se verá, el Tribunal Constitucional ha negado que del texto constitucional de 1978 pueda derivarse una norma de lealtad como límite a los derechos fundamentales, como la que se plasma en los arts. 9,2, 18 y 21,2 de la Ley Fundamental de Bonn.

III. DEMOCRACIA MILITANTE

El concepto de «*Democracia militante*» (en alemán: «*streitbare Demokratie*», que también puede traducirse por «democracia combativa») es una categoría doctrinal que se origina en un artículo de Karl Loewenstein, «*Militant democracy and fundamental rights I y II*», publicado en *The American Political Science Review*, vol. 31, núms. 3 y 4 (junio y agosto de 1937), que pretende indicar la existencia de una especial vinculación que impone el deber de defender el ordenamiento constitucional democrático y liberal (*freieitlich-demokratische Grundordnung*).

Ha sido hartamente frecuente confundir los conceptos de lealtad constitucional y democracia militante. Sin embargo, se trata de dos categorías radicalmente distintas, a pesar de que la democracia militante no sea si no una subespecie de norma de lealtad constitucional. La democracia militante —al igual que la lealtad federal y la lealtad interorgánica— es una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal que, en este sentido, sigue la aportación de Loewenstein, y como tal no se ha plasmado en la Ley Fundamental de 1949. Aparece por primera vez en la Sentencia de ilegalización del Partido Comunista de Alemania (BVerfGE 5/85), de 17 de agosto de 1956. Lo que define la categoría de la democracia militante es: a) su contenido, b) su particular presupuesto y c) su naturaleza jurídica.

A) Contenido. Como ha quedado dicho, la democracia militante es una norma de lealtad constitucional. Sin embargo, es una norma de lealtad que posee un

contenido normativo muy concreto: prohíbe la persecución de ideologías contrarias a la democracia. Es decir, la función de la norma de lealtad es impedir que los enemigos de la democracia puedan servirse de sus procedimientos para poder suprimirla. Esa función se refleja en el art. 21,2 de la Ley Fundamental que determina que los partidos políticos que por sus fines o por el comportamiento de sus miembros se propongan destruir o menoscabar la democracia son inconstitucionales.

Aunque la democracia militante es una subespecie de la norma de lealtad, no todas las normas de lealtad poseen el contenido propio de la democracia militante. Como cabe deducir, no lo tienen las normas de lealtad federal y de lealtad interorgánica, que no prohíben ideologías contrarias a la democracia, sino más bien comportamientos que lesionen el funcionamiento unitario del sistema descentralizado o del sistema de división del poder. Por lo tanto, hay normas de lealtad que prohíben fines y normas de lealtad que prohíben conductas. La democracia militante pertenece a la primera tipología de normas de lealtad.

B) **Presupuesto.** Una norma de lealtad constitucional como la contenida en la democracia militante posee lógicamente un presupuesto: el carácter intangible de la democracia. Este presupuesto se da por satisfecho en el art. 79,3 de la Ley Fundamental, que declara inmodificable el orden democrático liberal. Es claro que sólo cabe impedir la persecución de ideologías contrarias a la democracia, cuando la democracia no puede ser objeto de cambio constitucional. La intangibilidad de la democracia es solo un presupuesto de las normas de lealtad que prohíben ideologías contrarias a la democracia.

No lo es, por tanto, de las normas de lealtad federal y de lealtad interorgánica, dado que éstas no prohíben fines, sino que tienen por objeto los comportamientos de los miembros del sistema descentralizado y de los órganos constitucionales. La existencia de estas normas es compatible con la posibilidad de que incluso toda la Constitución pudiese ser reformada. Eso es lo que explica que para el Tribunal Constitucional español el art. 168 CE, que permite la reforma total de la Constitución, no haya sido óbice para afirmar la existencia, como se ha visto, de una norma de lealtad autonómica y una norma de lealtad institucional.

Y sin embargo, sí lo es para poder afirmar en la Constitución de 1978 la existencia de una democracia militante. Las SSTC 122/1983 y 119/1990 negaron que el juramento o la promesa de acatar la Constitución que se exige por los reglamentos parlamentarios para adquirir la condición plena de diputado o de senador pueda entenderse como la necesidad de manifestar una identificación ideológica con la democracia, al ser la Constitución Española totalmente reformable.

Lo mismo vino a afirmar la STC 48/2003, en la que el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos. Para el Tribunal dicha ley solo puede prohibir los métodos adoptados por los partidos para la persecución de las ideologías y no éstas mismas. En consecuencia, la democracia militante es la única norma de lealtad que requiere el presupuesto de la intangibilidad de la democracia.

C) **Naturaleza.** Hasta aquí se ha tenido la oportunidad de ver cómo la democracia militante es una norma de lealtad constitucional. Sin embargo, posee un contenido muy concreto —vinculado a la prohibición de perseguir ideologías antidemocráticas— y un presupuesto muy definido —el carácter intangible de la democracia—. De todos modos, la confusión ordinariamente existente entre democracia militante y norma de lealtad constitucional no procede de dichos elementos, sino de ignorar cuál es su particular naturaleza.

En efecto, la prohibición de perseguir ideologías contrarias a la democracia se refleja, tal y como se ha avanzado con anterioridad, en los arts. 9,2, 18 ó 21,2 de la Ley Fundamental de Bonn. Sin embargo, la categoría de la democracia militante construida por el Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia (BVerfGE. 5, 85), de 17 de agosto de 1956, no se identifica con aquellas normas constitucionales. Para el Tribunal Constitucional, tales normas son la plasmación jurídica declarativa (no constitutiva) de una decisión política adoptada por el constituyente en favor de una democracia militante.

Una decisión política que, como reconoció la BVerfGE 5, 85, manifiesta la pretensión de que los acontecimientos históricos que condujeron a la supresión de la democracia por los procedimientos democráticos protagonizada por el partido nacionalsocialista durante la época de Weimar no volvieran a producirse. Dicha decisión convierte a la democracia militante en un principio que tiene una doble función. En primer lugar, la de construir un límite general a todos derechos fundamentales, no solo a aquellos expresamente limitados en el texto constitucional (los arts. 9,2, 18 y 21,2 de la Ley Fundamental).

La segunda de las consecuencias del principio de democracia militante consiste no solo en prohibir a los titulares de los derechos fundamentales la destrucción de la democracia, lo que se deduce de los arts. 9,2, 18 y 21,2 de la Ley Fundamental, sino que se impliquen positivamente en su defensa. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional Federal en la BVerfGE. 28, 36, de 18 de febrero de 1970. Como se puede ver, la decisión política de la democracia militante convierte a ésta en un principio de interpretación del texto constitucional que, en último extremo, pretende justificar unas consecuencias jurídicas más allá de las autorizadas por aquél.

En definitiva, la democracia militante no es solo una norma de lealtad constitucional que prohíbe la persecución de ideologías contrarias a la democracia, presuponiendo la lógica intangibilidad de ésta. La democracia militante es, en sentido estricto, una decisión política del constituyente alemán y que subyace al texto constitucional positivo aprobado en 1949. Es, por tanto, una construcción jurídica vinculada a un momento histórico muy concreto. Naturalmente sería posible hablar en el constitucionalismo democrático actual de normas que (compartiendo su contenido y presupuesto) eventualmente prohíban la persecución de fines contrarios a la democracia. Más dudoso es que tales normas puedan ser caracterizadas, *strictu sensu*, como una democracia militante.

IV. «EL ESPÍRITU DE LA USURPACIÓN»

Cuando Benjamín Constant escribía en 1814 su panfleto *Del Espíritu de la Conquista y de la Usurpación*, estaba formalizando un concepto que de tiempo atrás venía siendo manejado sin precisión por la literatura política. El propósito de Constant al publicar su aparentes *pièce d'occasion* era doble, autopromoción personal (Constant fue siempre un político en activo) y la clarificación conceptual que siempre busca el pensador deseoso de imponerse por su saber (Constant había pasado quince años trabajando en su inconcluso gran tratado, *Fragments de una obra inacabada sobre la posibilidad de una Constitución republicana en un gran país* y había acumulado un extenso *background* teórico-conceptual). Sus dos objetivos se movían en un momento de confusión y de cambio político que significaba la derrota militar de Napoleón y el inminente desmoronamiento del Imperio. Un mundo que parecía definido y estabilizado en torno a la hegemonía francesa nacida de la Revolución había entrado súbitamente en convulsión y experimentaba la necesidad de nuevos principios dirigidos a reordenar la política y la sociedad.

La construcción de Constant procuraba conceptualizar la legitimidad a base de afirmar la existencia de varios principios contrarios e incompatibles: conquista, tiranía, usurpación y gobierno legítimo al que el autor vacila en calificar abiertamente como tal y optaría por llamar gobierno «regular», aludiendo a alguna de los caracteres de la legitimidad, la seguridad, la estabilidad, la continuidad. Ello no obstante el concepto se había impuesto ya definitivamente, como acreditan las Memorias de Talleyrand (*Mémoires* edición de E. Waresquiel. París, 2007, pp. 424 y ss. y 1321 carta de Constant). El método que utiliza Constant para definir el concepto es la argumentación de contrarios. Así afirma, «*El tirano proscribire la libertad de prensa, el usurpador la corrompe, hace de ella una parodia.*» Se trata de una definición especialmente útil para comprender lo que hoy llamamos corrupción.

Pero el problema actual de la legitimidad constitucional no es ni la existencia de una alternativa opuesta, de otra legitimidad que le dispute el afecto de los hombres, sino la palmaria descomposición interna de lo que es su fundamento. La sociedad postmoderna ya no integra a los hombres, los diluye en una colección de individualidades en las que no hay apenas conexión. La gran pregunta de esta época es si seguimos siendo animales políticos o nuestro avance técnico ha roto la hasta ahora eterna dependencia de nuestra propia naturaleza y ha disuelto definitivamente nuestros lazos sociales. En semejante escenario la legitimidad, la lealtad constitucional y la democracia militante carecerían de sentido y estaría liquidados, huelga argumentarlo.

