

INTERPRETACION CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRATICA EN LA OBRA DE MARTIN KRIELE

P O R

JOSE MARIA BENEYTO

Profesor de Derecho Político. Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.—II. REHABILITACIÓN DE LA RAZÓN PRÁCTICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.—1. *La teoría de la «obtención del Derecho».*—2. *La legitimidad histórica del Estado constitucional-democrático.*—3. *El Derecho como razón práctica.*—III. LA ILUSTRACIÓN POLÍTICA COMO LIBERACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO.—1. *La utopía del consenso universal (Jürgen Habermas).*—2. *La liberación «por el Derecho» frente a la liberación «del Derecho».*—3. *La «ilustración política» como teología política.*—IV. LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.—1. *Soberanía y legitimidad: poder y Derecho.*—2. *La tensión legitimación-legitimidad como dialéctica de la integración.*—3. *Consecuencias para la interpretación constitucional: la función de «indirizzo politico» del Tribunal Constitucional.*

I. PLANTEAMIENTO

No son frecuentes en nuestro país los estudios de teoría de la Constitución; menos aún, los que tratan cuestiones de teoría de la interpretación constitucional¹. Evidentemente ello se debe, entre otras causas, a la todavía relativamente escasa doctrina del Tribunal constitucional. El problema de la interpretación constitucional es, sin embargo, la clave no sólo para una mejor comprensión de la función del Tribunal constitucional en el sistema institucional, sino también para la construcción de una —hoy por hoy, todavía en mantillas— teoría de la «legitimación democrática».

Las cuestiones que se plantean en este contexto afectan, entre otros, a problemas como la dialéctica Estado-sociedad, el carácter «político» de la interpre-

¹ Cfr. entre la bibliografía alemana especialmente Manfred Friedrich (ed.) *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, 1978; Hans-Joachim Koch (ed.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, Frankfurt, 1977; Ralf Dreier/Friedrich Schwegmann (ed), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, 1976.

tación constitucional, las relaciones entre Constitución material y Constitución formal, el uso alternativo del derecho, o la eficacia del valor constitucional «pluralismo» en la interpretación constitucional.

Es cierto que la sentencia constitucional es —ante todo— un acto procesal, pero además es también, y en un grado eminente, actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del Derecho, e, indefectiblemente, decisión política.

La perspectiva de la interpretación constitucional como actividad creadora del Derecho interesa habitualmente a los cultivadores de la hermenéutica jurídica; los esfuerzos de Friedrich Müller, Wolfgang Fikentscher, Peter Häberle o Martin Kriele² por replantear de raíz toda la teoría de la interpretación tienen justamente su mejor incentivo en la jurisprudencia producida por el Tribunal constitucional de Karlsruhe. Pero en ninguno de ellos deja de ser patente la caracterización ineludiblemente política de la interpretación constitucional; baste para ello como botón de muestra la última obra de Kriele, recientemente publicada en castellano, publicación que ha estimulado la redacción de este artículo.

La sentencia constitucional es a la vez realidad política y realidad jurídica fundidas en un solo acto³, y este microcosmos de tensiones entre racionalidad jurídica e «irracionalidad» política es, a su vez, un buen campo de experimentación para el análisis de un concepto tan central para la teoría política y constitucional, y tan preñado de la dialéctica mito-logos como es el concepto de «legitimidad». Queda así acotado el carácter teórico-constitucional del presente trabajo, en el que el problema de la interpretación constitucional se utiliza a través del análisis de la obra de Martin Kriele como paradigma de una cuestión de tal fuste jurídico-político y epistemológico como es la teoría de la legitimidad.

El comentario de la última obra de Martin Kriele, *Liberación e ilustración política. Defensa de la dignidad del hombre (Befreiung und politische Aufklärung. Plädoyer für die Würde des Menschen, Friburgo/Basilea/Viena 1980; traducción española, Barcelona, 1982)* ha de enmarcarse necesariamente en el contexto más amplio del conjunto de sus publicaciones, entre ellas especialmente su escrito de habilitación, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, publicada en 1967 y a la que añadiría un importante *Nachwort* en la segunda edición de 1976; *Einführung in die Staatslehre*, aparecida en el año 1975 (traducción española, México, 1977), y, por último, *Recht und praktische Vernunft*, publicada en el año 1979. En la lenta recepción española de la importante teoría constitucional de Kriele —profesor de Teoría del Estado y Política jurídica en la Universidad de Colonia, y magistrado del Tribunal constitucional de Rhenania/Vestfalia—, hay que destacar el excelente trabajo que le dedica Gregorio Robles Morchón en *Epistemología y Derecho* (Madrid, 1982; en concreto se trata del epígrafe 3 de la primera

² Cfr. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, Berlín, 1976; *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungssinterpretation*, Berlín, 1966; *Recht Sprache-Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie*, 1, Berlín, 1975; Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 vols., Tubinga, 1975-1977; Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978. Las referencias sobre las obras de Kriele en el texto.

³ Cfr. Angel Garrorena, «La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Político*, número 11 (1981), pág. 27.

parte, que lleva el título: «Razón práctica y derecho: La teoría del Estado y la interpretación jurídico-constitucional en Martin Kriele»). De tal modo que un comentario crítico de la obra de Kriele es aquí y ahora necesariamente también un diálogo —sin lugar a dudas fructífero, por la propia calidad del análisis de Robles Morchón— con los planteamientos epistemológicos del profesor de la Complutense.

Las posibles aplicaciones de la teoría para la interpretación constitucional y el papel institucional del Tribunal constitucional son sucintamente esbozadas en el último epígrafe, con el fin de poder ser objeto de desarrollo en posteriores trabajos.

II. REHABILITACION DE LA RAZON PRACTICA E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

1. La teoría de la «obtención del Derecho»

Kriele se inserta plenamente en la corriente de pensamiento que, bajo el rótulo «rehabilitación de la razón práctica», canaliza el retorno de la filosofía jurídica alemana tras la guerra a una mayor preocupación por los problemas éticos. Generalizando se podrían distinguir aquí dos épocas: en primer lugar, el resurgimiento del interés por la filosofía aristotélica de la praxis en los años 50, centrada en torno a la figura de Joachim Ritter y su «Collegium philosophicum»⁴; posteriormente, ya en el contexto de la crisis renovadora de los años 60, la agudización del intento de superar desde diversos enfoques metodológicos e ideológicos los viejos esquemas formalistas de la reflexión jurídico-política. A este segundo momento pertenecerían —sin ánimo de ser exhaustivos— desde la *Diskurstheorie* de Habermas hasta la ética política de Otfried Höffe, el desarrollo de la hermenéutica de cuño *heideggeriano* en la interpretación jurídica, o la metodología analítico-normativa de Robert Alexy⁵. Común a todos

⁴ Ritter perseguía a través de una serie de estudios que tuvieron un gran impacto en su momento —«Die Lehre vom Ursprung und Sinn der Theorie bei Aristoteles», Köln/Opladen, 1952; «Hegel und die französische Revolution», Köln/Opladen, 1957; «Naturrecht bei Aristoteles. Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts», Stuttgart, 1961; «Zur Grundlegung der praktischen Philosophie bei Aristoteles» en *ARSP* núm. 46 (1960), págs. 179 y sigs.; la gran mayoría de ellos recogidos en el volumen *Metaphysik und Politik*, Frankfurt, 1965—, la difícil simbiosis entre la concepción aristotélica de la praxis y la dialéctica histórica hegeliana. El resultado conducía —nada menos— que al análisis de la realidad socio-política como lugar de encarnación de la razón, que se convertía así en «razón práctica», «die Vernunft in der Wirklichkeit». Por su parte, el «Collegium philosophicum» era un seminario especializado que reunía en la propia casa de Ritter en la ciudad universitaria de Münster (Westfalia) a un selecto grupo de estudiantes y doctorandos de Filosofía, Historia, Derecho, Filología, Arte, etc., muchos de los cuales, convertidos ya en catedráticos con el paso del tiempo, desarrollarían las tesis de Ritter en sus diversos campos de investigación. Cfr., por ejemplo, el expreso agradecimiento de Kriele a Joachim Ritter y su «Collegium» en el prólogo a su obra *Recht und praktische Vernunft*.

⁵ Cfr. entre otros Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis*, Neuwied, 1963 (Frankfurt, 1972); *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt, 1973; *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt, 1973; Rüdiger Bubner/Konrad Cramer/Rudolf Wiehl (eds.), *Hermeneutik*, Frankfurt, 1973.

estos esfuerzos de revitalización de la filosofía práctica es el intento de superar la latente desconfianza del positivismo jurídico frente a la problemática de los valores, así como un distanciamiento del universalismo abstracto característico del iusnaturalismo. Frente al normativismo del legalismo positivista o el utopismo del derecho natural, la rehabilitación de la razón práctica apuntaría básicamente al replanteamiento de la decisión jurídico-política como específica forma de racionalidad en el ámbito de la praxis humana⁶. Pero antes de dar paso al fondo del asunto, conviene referirse brevemente a las publicaciones del profesor de Colonia.

La *Teoría de la obtención del derecho* es un análisis de metodología jurídica a la luz de los problemas que suscita la interpretación constitucional. En la medida en que implícitamente desarrolla una teoría de la interpretación jurídica a partir de los postulados de la Escuela libre del Derecho, de la tópica aristotélica y de la tradición anglosajona del «prejudicial», sus resultados son generalizables a otros ámbitos del Derecho; en cuanto que, sin embargo, su óptica es específicamente «el problema de la interpretación constitucional», el análisis abriría en principio la posibilidad de una pluralidad de órdenes jurídicos metodológicos. El término *Rechtsgewinnung* —nuevamente puesto en circulación por v. Mangoldt-Klein en sus «Comentarios a la Ley Fundamental de Bonn»— es un supra-concepto («*Oberbegriff*») que engloba en una categoría única la *Rechtsauslegung* (interpretación en sentido de glosa o comentario) y la *Rechtsergänzung* (acción de completar el Derecho). Así «obtención del Derecho» significa que toda interpretación del Derecho es al mismo tiempo una creación nueva del Derecho, justamente porque en toda labor interpretativa se integran necesariamente elementos valorativos de tipo histórico, político, filosófico, etcétera, no previstos ni previsibles por la norma: toda interpretación implica siempre un «plus» de decisión jurídico-política que va más allá de la norma. En este sentido, Kriele no hace sino profundizar en la crítica que ya la reacción antiformalista de los años veinte (Triepel, E. Kaufmann, Holstein, Heller, E. von Hippel, Thoma, Jerusalem, Smend) había realizado frente al «método jurídico» de la doctrina tradicional, paradigmáticamente representada por Gerber y Laband. Ahora bien, la alternativa frente al mecanicismo estático de los positivismo de diversos signos no se encontraría según Kriele en las soluciones sociologistas de la Escuela libre del Derecho —o en su análogo al otro lado del Atlántico, el realismo jurídico americano—, ni tampoco en la elaboración de un «catálogo interpretativo» siguiendo a Savigny, o en la repristinación de la tradición retórica de los *Topoi*.

Las deficiencias de la «Escuela libre» —y de la paralela jurisprudencia de intereses, ésta sí triunfadora en el ámbito del derecho civil— se deberían tanto a su radicalidad como a su falta de ella. Partiendo de la tesis de que lo caracte-

neutik und Dialektik. Festschrift für Hans-Georg Gadamer, Tübinga, 1970; Otfried Höffe, «Rationalität, Deziision und praktische Philosophie. Zur Diskussion des Entscheidungsbegriffs in der Bundesrepublik» en *Philosophisches Jahrbuch*, núm. 80 (1973), págs. 340-368; *Einführung in die utilitaristische Ethik*, Munich, 1975; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978.

⁶ Sobre el tema «rehabilitación de la razón práctica», vid. Manfred Riedel (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 vols., Friburgo, 1972-1974 (vol. I: *Geschichte, Probleme, Aufgaben*; vol. 2: *Rezeption, Argumentation, Diskussion*).

rístico de sus diversos representantes (desde los Kantorowicz, Rümelin y Rumpf, hasta K. Wieland o H. Reichel) sería la insistencia en la función jurídico-creadora del juez, Kriele constata cómo la autonomización de la función judicial condujo en la teoría —implícita o explícitamente— a la independencia del poder judicial respecto del legislativo y a la sustitución del sometimiento a la ley por un difuso «sentimiento jurídico» o *Rechtsgefühl*, cuya vaguedad y latente voluntarismo abocaba paradójicamente a la integración de instrumentos metodológicos tan marcadamente normativistas como «laguna», «subsunción» y «silogismo jurídico». De este modo, la Escuela libre del Derecho aporta para una teoría de la obtención del Derecho «*more Kriele*» una intuición acertada de los problemas, pero sin llegar a su adecuado planteamiento y solución.

Esta conclusión es similar a la que conduce el análisis de la escuela realista americana de Mac Dougal y Laswell. También aquí el recurso a las *shared expectations* o a los *community standards* acaba necesariamente por la propia indeterminación de sus contenidos en un subjetivismo de corte voluntarista o en un difuso sentimiento de adecuación social, sin percibir que toda consideración de módulos, valores o pautas de comportamiento social contiene en sí una decisión sobre aquellos elementos a tener en cuenta.

Cabe aún, sin embargo, una posibilidad teórica de reconducción de la decisión jurídico-política en el «sistema»: si toda interpretación presupone necesariamente una decisión sobre los elementos interpretativos a valorar ¿no es esta decisión susceptible de una «pre-visión», de una consideración *ex-ante* en el propio texto jurídico?, ¿no contiene ya el texto constitucional el catálogo eficaz y completo para todas las decisiones material-interpretativas a tomar? Según Kriele la metodología clásica en la interpretación constitucional intenta deducir la voluntad del constituyente, atendiendo en definitiva a los criterios hermenéuticos —«normativos», «teológicos», etc.— ya formulados por Savigny para el derecho privado. La doctrina tradicional intentaría no sólo construir idealmente la posibilidad de una única decisión, sino también hacer depender ésta de una correcta aplicación deductiva de todos aquellos pasos lógicos que son necesarios y suficientes para encontrar el resultado correcto. Con otras palabras: el método tradicional en la interpretación constitucional tendería a diluir la naturaleza esencialmente creadora de la decisión en el formalismo. A lo que Kriele no puede por menos de responder que la corrección formal del procedimiento no implica necesariamente su adecuación material, insistiendo además sobre las insalvables contradicciones que el formalismo plantea especialmente en la interpretación jurídico-constitucional, pues el problema de la decisión no es sólo la dificultad de «decidir» sobre la jerarquía del catálogo interpretativo, ni de «decidir» cuándo un problema ha llegado a ser definitivamente resuelto. En el reconocimiento del valor jurídico-creador de la decisión se apunta además el específico peso político —y como tal, nunca plenamente formalizable— que se encierra en elementos tan básicos de la Constitución como la cláusula del Estado social o los mismos derechos fundamentales⁷. En este sentido, la moraleja

⁷ Así Forsthoff proponía, por ejemplo, en *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats* («Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer», 12,8 y sigs.) que se prescindiese de la cláusula del Estado social de Derecho a la hora de la interpretación jurídico-constitucional, por resultar imposible la fijación de su contenido utilizando los criterios de la metodología tradicional. En esta línea, en los Estados Unidos, se llegó

para Kriele es clara: la única manera de desvelar la ficticia racionalidad (*Scheinrationalität*) del formalismo positivista y de impedir su ideologización en uno u otro sentido es una auténtica racionalidad de la decisión basada en la reflexión argumentativa.

Es en este mismo esquema —la distinción entre racionalización de la decisión a través de la argumentación, y la disolución de la decisión en un sistema formalista incapaz de desasirse del voluntarismo positivista— el que utiliza Kriele en su crítica a la última de las orientaciones metodológicas que considera en su *Theorie der Rechtsgewinnung*, la Tópica. De acuerdo con el principal defensor de una actualización de la tradición clásica de los *Topoi*, Theodor Viehweg⁸, el pensamiento jurídico es tópico, es decir, esencialmente «abierto»: la interpretación jurídica consiste fundamentalmente, bien en una cadena de deducciones, bien en la deducción directa del texto legal por medio de un «algoritmo» o catálogo interpretativo. Pero este catálogo de argumentaciones lógicas —analogía, *argumentum a contrario*, *a fortiori*, *a maiore, ad minus*, etcétera—, de elementos interpretativos —sistemáticos, genéticos, teleológicos—, y de principios generales del Derecho, es susceptible de ser permanentemente corregido, ampliado y modificado por la propia labor interpretativa del juez. En este sentido, el pensamiento tópico se identificaría con una concepción «aporética» (Nicolai Hartmann) —es decir, abierta a las modificaciones del sistema que incorporen problemas anteriormente no considerados—, frente a la tradicional concepción de un sistema cerrado. La crítica de Kriele es certera: como reconocen comúnmente sus partidarios, los *Topoi* son propuestas de solución de los problemas, pero en ningún caso deciden sobre los argumentos a tener en cuenta, que son más bien fruto del consenso de los juristas, de un grupo cualificado de ciudadanos, o de todos los ciudadanos en general. Pero las dificultades o dudas en la interpretación surgen precisamente de la falta de consenso, y la carencia de homogeneidad entre los juristas y en la sociedad en general permiten que la escala de posibles diferencias sea infinita. Es decir, los *Topoi* no garantizan —aunque tampoco excluyan definitivamente— la posibilidad de una decisión racional sobre los argumentos que han de ser tenidos en cuenta y sobre los que han de ser desechados.

De este modo, la teoría de la obtención del Derecho de Martin Kriele se perfila —frente a las concepciones interpretativas basadas en un catálogo de niveles interpretativos, en un sistema cerrado, o en empirismos sociológicos— como una *teoría de la decisión racional*, esto es, como una *hermenéutica de la praxis jurídica* (judicial y científica); como la superación de la división entre teoría y práctica: la praxis se justifica por sí misma, porque en la praxis jurídica se encuentran los principios teóricos que han de ser objeto de reflexión y articulación racional, mientras que todo *a priori* teórico necesariamente separará la

incluso a proponer que se prescindiese de toda aplicación jurídica de los derechos fundamentales, a causa de su ambigüedad (Cfr. Learned Hand, *The Bill of Rights*, y el comentario crítico de Kriele en *Der Staat* (1965), págs. 204 y sigs.). Kriele añade con razón que entonces habría de prescindirse de toda aplicación directa de artículos tan fundamentales de la «Grundgesetz» como los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 20 (Cfr. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1967, pág. 95).

⁸ Cfr. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Munich, 1974.

teoría de la práctica, enajenando por consiguiente a esta última. En la praxis jurídica se encuentra el fundamento de la «Rechtsvernunft», de la razón del Derecho, esto es, de la específica racionalidad jurídica inherente a la decisión. La «Teoría de la obtención del Derecho» es la teoría de la racionalización de la decisión o de la decisión racionalizada; teoría y praxis, razón y decisión se hallan inmersos en un permanente proceso de interrelación mutua en el que se manifiesta la «razón en la realidad»: la razón práctica. Por ello, es el método jurídico el que «decide» sobre los resultados jurídicos. Todo lo que necesitamos —concluye Kriele en la «Introducción» a su obra— es un método que nos facilite, por una parte, una concepción teórica adecuada al proceso reflexivo de la obtención del Derecho en el campo del Derecho constitucional, y, de otra, puntos de vista que posibiliten una crítica fructífera —esto es, progresiva— de las decisiones.

Las fases de la obtención del derecho según Kriele son entonces⁹: consideración de ciertos hechos en el marco de la narración de un acontecimiento vital como jurídicamente relevantes; traducción de los hechos jurídicamente relevantes en diferentes hipótesis normativas; búsqueda de la proposición jurídico-positiva, esto es, de la ley aplicable; subsunción (pero sólo en el supuesto límite de que la proposición jurídica hallada en el texto legal no plantee dudas sobre su aplicabilidad al caso concreto); comprobar si existen precedentes judiciales en el sentido de la hipótesis normativa (para el supuesto de que el jurista no encuentre ninguna proposición jurídica que corresponda a la hipótesis por él formulada). La pregunta sobre si la hipótesis normativa concuerda o no con el precedente ha de decidirse a la luz de las consecuencias de la decisión en el supuesto de que se aplicara al caso el precedente: ello implica una reflexión sobre la *ratio decidendi* del precedente. Los precedentes actúan, pues, en definitiva, como *Topoi*, pero afectados de una reflexión racional sobre la congruencia de su aplicación: lo que «decide» en definitiva es la reflexión. Ahora bien, los precedentes juegan a favor del orden jurídico instituido, en cuanto que crean una presunción en su favor («Präjudizienvermutung»): quien pretenda apartarse de la *ratio decidendi* del precedente tiene que justificar su desviación; recae sobre él la carga de la prueba. La construcción realizada por Kriele es, pues, una teoría argumentativa de la decisión, que, en cuanto extrae sus criterios de la praxis, se transforma en una teoría justificadora de la decisión. Los precedentes actúan *concretamente* aplicando el Derecho, y *abstractamente* en la creación de normas; en este sentido, se hallan inmersos en un proceso histórico en el que confluyen teoría y praxis, y en el que se configuran instituciones y un orden jurídico institucional: el orden jurídico cuya legitimidad se apoya cabalmente sobre aquellos principios jurídicos que, a la par de ser reconocidos generalmente, son además susceptibles de justificación racional, y en el que es posible la argumentación justificativa racional, esto es, el orden jurídico instituido por el «Estado constitucional democrático».

⁹ Cfr. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, págs. 162 y sigs., y *Recht und praktische Vernunft*, págs. 99 y sigs.

2. *La legitimidad histórica del Estado constitucional-democrático*

Coherentemente con este desarrollo, la *Introducción a la teoría del Estado*, segunda obra que consideramos, ostenta un subtítulo que habría de traducirse por «los fundamentos histórico-legitimatorios del Estado constitucional democrático» («Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates»). Aquí la teoría de la obtención del derecho se proyecta en el proceso histórico que configura progresivamente un orden jurídico-político concreto: los precedentes judiciales se convierten en las sucesivas respuestas históricas que la razón práctica ha dado a los diversos desafíos que han supuesto «la guerra civil, el terror, la opresión, las injusticias y las desigualdades», respuestas históricas que se han materializado en el «Estado constitucional democrático»; en un proceso simultáneamente institucionalizado y abierto, en el que la idea del progreso se realiza en cuatro estadios históricos: Paz, Libertad, Igualdad y Solidaridad. La Teoría del Estado de Kriele es, entonces, el intento de desvelar las condiciones reales que en el transcurso de la historia del Estado constitucional democrático han hecho posible la paz, la libertad y la justicia; es decir, el análisis de las instituciones del Estado constitucional democrático y de sus fundamentos legitimatorios: en definitiva, la encarnación de la razón práctica en un orden jurídico-político concreto.

Esta progresiva encarnación de la razón práctica en la historia se opera como proceso histórico, cuyas fases son: la superación de las guerras civiles confesionales de los siglos XVI y XVII en el Estado, «tercero neutro» que garantiza la paz en el interior y el mantenimiento del *statu quo* en el exterior; la sustitución de los privilegios del soberano por la soberanía del Derecho en el Estado constitucional; por último, la transformación de la soberanía popular en funciones competenciales del pueblo: el Estado constitucional democrático. Estado, Estado constitucional y Estado constitucional democrático aparecen así como tres fases históricas de un proceso en el que cada fase histórica presupone las anteriores: la democracia presupone la garantía de los derechos humanos, y éstos, el mantenimiento de la paz civil. Y en el que las instituciones jurídico-públicas son fruto del *ethos* de la razón: la legitimidad se define como justificación racional; el fundamento del parlamentarismo se identifica con el proceso dialéctico de la discusión pública; el derecho a la libertad de expresión aparece como garantía necesaria de las condiciones reales para la búsqueda discursiva de la verdad, etc.

En definitiva: el Estado constitucional democrático supone la materialización de la «ética» en instituciones jurídico-políticas y la posibilidad de su desarrollo a través de las experiencias históricas concretas.

3. *El Derecho como razón práctica*

De este modo, la tesis central de *Derecho y razón práctica* (*Recht und praktische Vernunft*) gira en torno a la idea de que la fuerza obligatoria del derecho procede de su obligatoriedad «moral»: la única posibilidad de superar, por un lado, la anarquía de la guerra civil, y, por otro, la ideologización fruto

del positivismo, es la adecuación del derecho («Recht») a la «moralidad» («Sittlichkeit»). La «moralidad» se resuelve fundamentalmente para Kriele en el principio «Todo hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a su dignidad humana», una idea característica de la tradición estoica-cristiana del derecho natural, materializada —tras la Ilustración— en la garantía de los derechos humanos. La ética filosófica responde entonces a los postulados de la razón práctica, cuando, lejos de limitarse a recoger los «standards» morales vigentes, o de diluirse en las abstractas exigencias de la «Moral» en sentido hegeliano, se entiende como «ilustración moral» («sittliche Aufklärung»), esto es, cuando reflexiona sobre los *standards* morales vigentes para, a partir de la discusión y la argumentación, indicar las condiciones reales de su materialización. La filosofía del Derecho es, entonces, inseparable de la ética; es más, la filosofía del Derecho no es otra cosa que aquella parte de la ética que se ocupa de los problemas jurídicos. Ética y filosofía del Derecho son «ilustración moral»: su función estriba en adecuar el derecho positivo a los *standards* «morales» comúnmente aceptados, y en desarrollar éstos por medio de la razón práctica, indicando las posibles dificultades y consecuencias prácticas que en la aplicación normativa se deriven de su progresiva realización. La filosofía del Derecho es, en este sentido, también «política jurídica» («Rechtspolitik»); refleja los conflictos políticos y jurídicos de su época a tres niveles: el constitucional, el de la política legislativa y el correspondiente a la interpretación y desarrollo del derecho. La filosofía del Derecho puede así convertirse en «*ilustración política*» («politische Aufklärung») en la medida en que es parte de la ilustración moral que realiza la Ética. Su función es, pues, paralela a la racionalización de la decisión que realizaba la razón práctica en el marco de una teoría de la obtención del Derecho, a saber, la racionalización de la política. En cuanto que —siempre en el contexto de la tradición cultural occidental— el derecho es, al menos tendencialmente, materialización de la ilustración jurídico-filosófica en las instituciones democráticas, *son éstas las que garantizan la permanente adecuación del derecho a la moralidad, es decir, la permanente transformación de la ilustración en realizaciones políticas.*

En consecuencia, Kriele llega a identificar el derecho con los principios de la Ilustración (política), y ambos con el Estado constitucional democrático. Si esta identificación con las condiciones político-sociales vigentes no acaba en la típica inmovilidad de los positivismos sociologistas, es gracias a la propia naturaleza dinámica de la «razón práctica»: con la razón práctica ha encontrado Kriele un instrumento capaz de garantizar el orden vigente, y, al mismo tiempo, partiendo de él, asumir una dinámica de transformación política; al menos, tendencialmente. Por ello, los cinco capítulos de *Recht und praktische Vernunft* se articulan como otros tantos puntos de controversia con el positivismo jurídico; Kriele aplica aquí la sofisticada táctica del enfrentamiento como higiene autolegitimatoria. El ataque al positivismo se deriva precisamente de la separación que éste efectuaría entre el derecho y sus justificaciones racionales, esto es, del distanciamiento positivista de la ilustración ética, o dicho con otras palabras, de la reducción de la razón a razón científica y, en consecuencia, del desligamiento entre derecho y razón. De acuerdo con ello, las argumentaciones de Kriele en contra del positivismo se mueven en torno a los siguientes temas: el problema de la fundamentación racional de la razón práctica; la validez del

orden jurídico y la racionalidad de la decisión; la razón práctica en la interpretación legislativa; la presunción a favor de los precedentes judiciales como superación de la teoría positivista de las fuentes; por último, la reconducción del problema legitimidad-legalidad a una «*legitimidad de la Constitución*» («*Verfassungslegitimität*») que se halla capacitada para superar los límites de la legalidad precisamente porque se nutre de la moral vigente, la *lebendige Sittlichkeit* de los principios de paz, libertad y justicia que defiende y realiza progresivamente la ilustración política. El problema se desplaza así del legalismo positivista a la vigencia del principio «todo hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad personal». La pregunta es entonces en qué se basa la vigencia de dicho principio. Un intento de respuesta a esta cuestión es *Liberación e ilustración política*.

II. LA ILUSTRACION POLITICA COMO LIBERACION A TRAVES DEL DERECHO

1. *La utopía del consenso universal (Jürgen Habermas)*

La teoría de la decisión racional de Martin Kriele termina —como se adivina— en una paradójica contradicción con sus propios postulados; y donde se manifiesta esta contradicción nítidamente es en *Befreiung und politische Aufklärung*. Lo curioso del caso es que el intento de racionalización de los voluntarismos latentes en las teorías jurídicas al uso, acabe cercano —nada menos— de un supervoluntarismo tan característico como es el decisionismo de Carl Schmitt.

El punto de partida podrían ser los epígrafes de *Recht und praktische Vernunft* dedicados a la «teoría del discurso» de Habermas. Kriele tiene necesidad de acotar la tesis central de su teoría de la decisión racional —la razón práctica como proceso de racionalidad decisoria— tanto frente a la sola *voluntas*: positivismo, como frente a la sola *ratio*: consensualismo. El consenso universal, fruto del discurso racional universal, supondría la aceptación universal del principio ético «Todo ser humano tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad personal». Pero la validez pública de este principio depende para Kriele de tres postulados fundamentales: 1.º Los conflictos pueden ser solventados pacíficamente; 2.º Las limitaciones a la libertad han de ser justificadas racionalmente (pues el respeto a la dignidad humana exige el principio de autodeterminación), y 3.º Toda persona posee el mismo derecho de participar en la discusión racional y de que sus intereses sean tenidos en cuenta¹⁰. Es decir, *el consenso universal precisa de una serie de condiciones, que son las que garantizan la posibilidad de un discurso racional*; y estas condiciones están salvaguardadas exclusivamente en el Estado constitucional democrático¹¹.

En puridad, el consenso universal se revela como una utopía ya a causa de los defectos inmanentes al propio sistema: siempre existirán interferencias ideológicas en la valoración de los intereses propios y ajenos, y siempre será necesi-

¹⁰ Cfr. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, págs. 30 y sigs.

¹¹ *Ibidem*, págs. 62 y sigs.

rio el poder, que anticipa la seguridad de que los demás también van a cumplir las normas y de que a la hora de aplicar éstas, los intereses en conflicto serán valorados equilibradamente. Así, el consenso sobre normas y decisiones —necesariamente parcial y limitado— únicamente puede darse como producto de un largo proceso de racionalización/decisión en el marco de un orden jurídico-político que garantice las condiciones del discurso, esto es, merced a una decisión política fundamental que crea y garantiza el orden. Dicho con otras palabras: la posibilidad del consenso vive de un *apriori* a toda discusión racional, de una decisión política que, por su propia naturaleza, es pre-racional. Conclusión: el Estado constitucional-democrático, único garante de paz, libertad y justicia, depende de condiciones —el respeto a la dignidad y libertad humanas— que él mismo no puede garantizar. Ahora bien, *el respeto a la dignidad y libertad humanas se sustenta en última instancia en consideraciones de orden metafísico*, los mismos «residuos metafísicos» que fundamentan la «moralidad» de la sociedad occidental. La oposición a las ideologías que atentan contra el orden constitucional-democrático —Kriele cita expresamente fascismo y comunismo— se convierte entonces en la lucha por preservar los fundamentos metafísico-religiosos de la sociedad occidental: se llega así a replantear la dialéctica schmittiana del amigo-enemigo con la aceptación implícita de su instrumentalario teológico-político¹².

2. *La liberación «por el Derecho» frente a la liberación «del Derecho»*

La necesidad de una fundamentación metafísico-religiosa del postulado clave del orden constitucional-democrático —«todo hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad humana» («Jeder Mensch hat den gleichen Anspruch auf Freiheit und Menschenwürde») — es justamente el punto de partida de *Liberación e ilustración política*, cuyo significativo subtítulo es «Defensa de la dignidad del hombre», dignidad que Kriele ve actualmente amenazada por cuatro frentes —la civilización tecnocrática, el socialismo científico, el neomarxismo de la Escuela de Frankfurt, y el liberalismo progresista—, y salvaguardada exclusivamente por la ilustración política. El paradigma teórico elegido por Kriele es la idea de «liberación»: lo común a los diferentes ataques a la dignidad humana es el intento prometeico de liberarse de todo poder y, en consecuencia, de toda institución y de todo derecho —en el que siempre late una decisión pre-racional: en el que siempre late poder—. Surge entonces la contraposición entre la «liberación por el derecho» —esto es, la ilustración política, que tiende a la progresiva encarnación de la justicia en el mundo a partir de las condiciones reales objetivas— y la «liberación del derecho»: la utopía de la «Herrschafts-freiheit», del fin de la dominación, en sus vertientes cientifista, anarquista, socialista y tecnocrática; enfrentamiento que se proyecta universalmente en el

¹² Véase Kriele, *Befreiung und politische Aufklärung*, págs. 83 y sigs., 212 y sigs. La referencia a Schmitt no es meramente ilustrativa en este contexto; Kriele ha expresado en diferentes ocasiones públicamente su «ambivalente relación» con Schmitt. Sobre el tema de la teología política schmittiana y sus proyecciones jurídico-constitucionales, cfr. José María Beneyto, *Politische Theologie als politische Theorie. Eine Untersuchung zu Carl Schmitts Rechts- und Staatstheorie und zu ihrer Wirkungsgeschichte in Spanien*, Berlín, 1983.

conflicto mundial entre los dos grandes bloques, el orden liberal-democrático y los «despotismos de la liberación» (*Befreiungsdеспотien*)¹³.

A pesar de esta más que arriesgada simplificación capaz de asombrar aun al propio Schmitt (lo que, por cierto, tuvo ocasión de constatar el autor de este trabajo en una interesante conversación con Schmitt), el libro está lleno de interesantes reflexiones; Kriele es excelente en el análisis pormenorizado y excesivamente rápido en las grandes interpretaciones globales, lo que no deja de tener coherencia con su interés por expresar las experiencias históricas concretas e identificar al mismo tiempo todo el amplio espectro de la racionalidad humana con órdenes jurídico-políticos determinados.

Así, el acentuamiento del problema de la «liberación» como determinante no sólo de los conflictos Este-Oeste y Norte-Sur, sino también del enfrentamiento dentro del Estado, en la educación, la enseñanza, el orden público, y aun la Iglesia y la Teología, no le impiden realizar una inteligente crítica de importantes corrientes ideológicas actuales y de profundizar a la par en la tesis de la «ilustración política» como «liberación a través del derecho». El enfrentamiento entre «liberación por el derecho» y «liberación del derecho» —esto es, entre «verdadera» y «falsa» liberación— es rastreada en una serie de manifestaciones históricas e ideológicas concretas, expresiones históricas e ideológicas que Kriele sitúa a uno u otro bando. Así, al lado de la pseudo-liberación caen: la Revolución de 1792 o «segunda Revolución francesa», y el Terror; el intento de acabar con el mal en el mundo por medio de la ciencia, la transformación de las relaciones de producción, la técnica o la espontaneidad imaginativa, o dicho con otras palabras: la completa desmitificación y dominación del mundo, del hombre y de sus instituciones morales, jurídicas, políticas y económicas a través de la razón científica y la técnica, esto es, el primado de la razón teórica sobre la razón práctica y la creencia en la posibilidad del consenso racional universal; una filosofía de la historia basada en el mito de la liberación total; un nuevo sistema de dos clases sociales: los ilustrados-liberados y los educandos a emancipar; la descalificación de las estructuras democrático-constitucionales como «violencia estructural»; una moral «progresista» que deriva sus criterios morales de la identificación existencial con la idea de la liberación; en definitiva, el programa ya anunciado por Marx: la liberación de la religión por medio del preciso *Know-how* aniquilatorio que supone su utilización política; es decir, la reducción de la naturaleza del hombre a un concepto meramente biologista y naturalista, a una estructura orgánica que combina la satisfacción de necesidades con una racionalidad puramente técnica y, en consecuencia, la manipulación tecnocrática; así, en última instancia el intento de la liberación total se convierte en «el horror de la dominación total».

Por el contrario, en el otro frente, en la «auténtica» liberación o liberación a través del derecho, toman posiciones: la Revolución francesa de 1789 o «Revolución liberal-democrática»; un concepto ideal —metafísico-religioso— del hombre que hace depender la libertad de la dignidad humana y ésta de un sentido trascendente de la vida; la igualdad de derechos para todos, que no pretende la nivelación igualitaria ni se opone tampoco a la libertad, porque lo que persigue

¹³ Véase Kriele, *Befreiung und politische Aufklärung*, págs. 7 y sigs, 212-217.

es garantizar sus libertades reales e iguales para todos; el principio de cooperación social sobre la base de la igualdad de derechos y de la garantía de los derechos individuales y políticos, derechos cuya eficacia es el primer paso para avanzar progresivamente en la consecución de los sociales y participativos, pues la realización de la justicia presupone las condiciones institucionales necesarias; en definitiva, la ilustración política moderna con sus tres estadios interdependientes: primero, la garantía de los derechos humanos; en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, la división de poderes; por último, sobre la base de derechos humanos y separación de poderes, la democracia¹⁴.

3. La «ilustración política» como teología política

El punto clave que desarrolla la tesis central de la «liberación por el derecho» —la garantía de la dignidad humana en el orden constitucional-democrático— es la conciencia de la situación de crisis de la ilustración política. Frente a la amenaza de la civilización tecnológica, de los reduccionismos antropológicos de signo naturalista, de los radicalismos democráticos y de las utopías pseudo-liberadoras, se evidencia para Kriele la necesidad de una profundización en los fundamentos últimos —metafísico-religiosos— del Estado constitucional-democrático: frente al desafío tecnocrático, la «humanidad» de la ilustración política. La radicalidad del desafío produce nuevos «compañeros de viaje», una nueva dialéctica amigo-enemigo: si en su origen, la ilustración política creyó ver en la Iglesia su enemigo natural, hoy resultaría patente el hecho de que el impulso necesario para la regeneración de la conciencia metafísica depende de la Iglesia. Esta es justamente la intención última de Kriele: contribuir al regeneracionismo «moral» —esto es, ético-político— de las sociedades occidentales, un regeneracionismo susceptible de hacer frente en el interior de ellas al progresismo relativista, neutralizador de los valores; y capaz de oponer, en el exterior, una «voluntad política sustantiva» a una «voluntad política ofensiva» como la de la Unión Soviética. Solamente la regeneración de la idea de que todo hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad, idea exclusivamente realizable en la unidad institucional que forman los derechos humanos, la división de poderes y la democracia —el fruto específico de la «Aufklärung» europea—, conseguiría, según Kriele, generar una voluntad autoafirmatoria suficiente para hacer frente al desafío total.

De aquí que el último capítulo de su «Plädoyer», en donde Kriele se ocupa del problema de la teología de la liberación, tenga una significación paradigmática en el conjunto de la obra. El enfrentamiento dialéctico se proyecta aquí en el último bastión garante del orden constitucional-democrático: en la teología y en la misma Iglesia. Y es justamente este tomar posiciones en el último núcleo de fundamentación metafísica lo que obliga a Kriele a considerar el momento histórico como una situación excepcional, una *Ausnahmesituation*, un momento histórico amenazado por el reino de lo ideológico, de lo irracional, de la «sombra del mal»¹⁵. No hace falta ahondar en la paternidad de este plan-

¹⁴ *Ibidem*, págs. 15 y sigs., 42 y sigs., 72-212 (Segunda parte).

¹⁵ *Ibidem*, págs. 215 y sigs.

teamiento agónico, ni tampoco en lo útil que puede resultar el recurso a lo escatológico a la hora de la crítica cultural y de «cerrar filas»; todo ello independientemente del notorio esfuerzo sintético que despliega Kriele, y lo certero que en ocasiones pueda resultar su análisis.

La «teología de la revolución» se definiría, según Kriele, en una frase: «ser cristiano significa tomar partido». La realización en la tierra de la religión del amor predicada por Jesucristo se identifica aquí con el compromiso político a favor de los oprimidos, liberación significa acabar con la opresión que ejercen las estructuras políticas y económicas, auténtica causa del mal y la pobreza en el mundo. La misión del cristianismo es entonces contribuir a la liquidación de las estructuras injustas y opresoras. Y esto es únicamente posible si existe un compromiso político previo, un compromiso con una teoría que es al mismo tiempo praxis, que supere las ficticias diferenciaciones entre conocimiento y actividad, reflexión y decisión, racionalidad e irracionalidad, idealismo y materialismo, etc. La teología política en su variante «teología de la liberación» es el intento de hacer realidad la verdad en la praxis política; ello implica la disolución de la conciencia moral en las estructuras histórico-sociales objetivadas. Su sustitución por los criterios del compromiso revolucionario. Consecuentemente, la teología de la liberación se acoge a aquella praxis revolucionaria con más horas de vuelo y más posibilidades de éxito, a saber: el marxismo. Así, en definitiva, «ser cristiano significa tomar partido por el marxismo revolucionario»; Marx y Lenin como verdaderos apóstoles del cristianismo, o en frase de Ernst Bloch: «Ubi Lenin, ibi Jerusalem».

De este modo, para Kriele, con la teología de la liberación se ha llegado al punto extremo de la pseudo-liberación: la transformación de la religión en un ateísmo militante de signo materialista. Y es esta misma realidad de la amenaza —«una mirada en el rostro del mal, que se nos revela»¹⁶— lo que hace que se produzca la simbiosis entre «Iglesia» e «ilustración política». El núcleo de la cuestión es la distinción entre las dos fuentes históricas de la Ilustración: la ilustración política, que perseguiría la consecución del Estado constitucional, y el dogmatismo materialista, cuya meta es la instauración de una nueva imagen del mundo. La identificación originaria entre ambas corrientes de la «Aufklärung», unidas en la lucha contra la religión, se desvela posteriormente como errónea. Lo que realmente se perseguiría, de un lado, era impedir la imposición estatal de la religión y, por tanto, de cualquier cosmovisión, incluida el materialismo; del otro, la sustitución del concepto metafísico del hombre por una concepción naturalista. Ahora bien: desde el momento en que la Iglesia se erige en garante y salvaguarda de los derechos humanos (Kriele se remite expresamente en varias ocasiones a la doctrina del Papa Juan Pablo II sobre el particular), la situación cambia y se produce la reconciliación («Versöhnung») entre Iglesia e ilustración política. Después de doscientos años de enfrentamiento, se supera la oposición entre «Iglesia» e «ilustración política»: *Laus Kant!* De tal modo, que es la propia ilustración política la que hoy se halla interesada en defender la identidad de la Iglesia: justamente porque de ella depende la regeneración de la moralidad de la ilustración, de la «aufklärerische Sittlichkeit». Así, Kriele no

¹⁶ *Ibidem*, pág. 253.

tiene reparos en afirmar que la Iglesia es «naturalmente» una «institución política» (*sic*)¹⁷. Aunque para él la cuestión no se plantea en términos de politización; la cuestión sería más bien el problema del rango que se le ha de dar a lo político, el problema, de si la Iglesia es «política» en primera instancia o solamente como consecuencia secundaria —«*in zweiter Linie*»— de su misión como conciencia moral, como garante de la reflexión decisoria.

¿La ilustración política —y con ella la moralidad, el Derecho, la Iglesia, el Estado constitucional-democrático— «política» únicamente en «segundo línea»? Toda la intensidad del decisionismo voluntarista latente en la «teoría de la decisión racional» se evidencia cuando Kriele apostilla finalmente que «en las situaciones de excepción, la racionalidad es sepultada por la confrontación amigo-enemigo»¹⁸.

IV. LEGITIMACION DEMOCRATICA E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

1. Soberanía y legitimidad: poder y Derecho

El fundamento de la crítica antipositivista de Kriele es el intento de superar la separación kelseniana entre soberanía y legitimidad, eficacia y validez, en última instancia, derecho y moral. La teoría del Estado de Kriele se autodefine como una «*Kritische Staatslehre*» (Teoría crítica del Estado) cuyo objetivo es superar la quiebra entre el *sein* y el *sollen*, sustituyendo la escisión entre planteamientos empírico-sociológicos y ético-normativos por una Teoría del Estado entendida como «intento de ilustración de las condiciones reales de la paz, la libertad y la justicia, bajo el punto de vista de la valoración de la historia del Estado democrático-constitucional»¹⁹. Esto es: condiciones reales inmersas en el molde valorativo del *demokratischer Verfassungstaat*: proceso histórico en el que se realiza progresivamente la razón práctica. En este sentido tiene razón Robles Morchón cuando afirma que la razón práctica es menos universal que la teórica —no es universal propiamente— y que implícitamente, la teoría de Kriele es un imperialismo de la «razón occidental»²⁰. Es cierto: la crítica radical al relativismo corre el riesgo de identificarse con estructuras histórico-políticas concretas, con un orden político determinado, y propiciar así la politización de ética y derecho. Kriele identifica ética, filosofía del Derecho, teoría política y razón práctica: son diversos nombres para designar el inexorable curso de la razón y su encarnación en la Historia. La Teoría del Estado de Kriele es la historia de los fundamentos teórico-prácticos de las instituciones del así denominado «Estado constitucional-democrático», historia que se ha materializado en un patrimonio argumentativo de contenido ético-político. La praxis como racionalidad real y la razón como praxis argumentativa se unen en la simbiosis del argumento justificador de las instituciones y de la historia político-jurídica

¹⁷ *Ibidem*, pág. 240.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 216.

¹⁹ Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, págs. 14 y sigs.

²⁰ Gregorio Robles Morchón, *Epistemología y Derecho*, Madrid, 1982, pág. 97.

de Occidente. Pero al ponerse al servicio de una determinada praxis política, la teoría se autodestruye. La razón práctica se diluye allí donde es solamente praxis, del mismo modo que la teoría política y aun la ética desaparecen allí donde aportan poco más que instrucciones para el compromiso político. La razón práctica precisa, según Kriele, de una decisión política fundamental, esto es, de un orden político concreto, porque todo proceso argumentativo necesita al menos de un *apriori*: la voluntad de respeto de las normas del juego. Y ese respeto a la racionalidad sólo se ha dado históricamente en el contexto histórico de la «ilustración política». Es decir: detrás de la argumentación se esconde la decisión y, con ella, el poder, el mito, lo irracional. La Teoría del Estado de Kriele aboca pues al compromiso político, a la politización, a la sedimentación de bloques histórico-políticos enfrentados; en un mundo ideologizado, los derechos humanos no son suficientemente fuertes por sí mismos para auto-garantizarse; precisan de una voluntad política sustantiva. En definitiva la posibilidad del proceso argumentativo universal es utópica, pues la racionalidad es inviable fuera del marco de unas condiciones valorativas concretas: al menos, las de la propia aceptación de la racionalidad.

Ya en la teoría «tradicional» —esto es, en Gerber, Laband, Jellinek y su radicalización en la obra de Kelsen— el punto de arranque para una teoría cada vez más «pura» del Derecho se hallaba en la separación entre soberanía y legitimidad. La intrincada cuestión de la soberanía —en definitiva, el problema de la unión entre lo sociológico y lo normativo, entre el *sein* y el *sollen*— era relegada por Kelsen al nivel de un *apriori* meta-jurídico; no menor era el desplazamiento que sufría la cuestión de la legitimidad, la cual quedaba reducida a una mera técnica sumatoria. Por el contrario, para Kriele «la soberanía del Estado depende de su legitimidad y la legitimidad fundamenta su soberanía», de tal modo que la cuestión de la legitimidad constituye el aspecto interno de la cuestión de la soberanía o, dicho de otra manera, de la cuestión de las condiciones de la soberanía. La soberanía representa el aspecto externo de la institucionalidad estatal; es una situación de hecho. La legitimidad hace referencia a un mundo de valores —de tipo moral, psicológico, antropológico, económico, histórico, etc.—, justificadores de la situación de hecho. Pero ambos aspectos —externo e interno— se entrelazan en una unión íntima, siendo su artificial separación el error que ha conducido a perder de vista la verdadera naturaleza del Estado y, en general, de toda institución jurídica. Cuando se ha prescindido de uno de los aspectos se ha caído en una postura unilateral y estéril; bien en un planteamiento sociológico-empírico que desconoce los intereses racionales e ideológicos que dirigen el conocimiento, bien en una teoría ético-normativa del Estado que acaba pecando de abstracta y utópica. Así, el término «validez» (*Geltung*), tan significativo en el formalismo kelseniano, no es para Kriele una cualidad puramente formal de la norma que se identifica con la misma existencia de la norma en cuanto tal, sino un término idéntico al de «legitimidad» (*Legitimität*) como conjunto de valores vigentes. El problema de la legitimidad es, pues, el problema de la validez de un orden, de la vigencia de un conjunto de valores, de la «moralidad» («Sittlichkeit»), y, por tanto, un problema eminentemente «moral». Dicho con otras palabras: para Kriele, la cuestión de la legitimidad es un problema jurídico en cuanto moral, porque todos los deberes jurídicos son en definitiva reconducibles a deberes morales. Detrás de todo

sollen jurídico late siempre la vigencia de un conjunto de valores; la legitimidad es, pues, inseparable de la soberanía, el *sein* del *sollen*.

Ahora bien, Kriele va un paso más allá al afirmar que *tampoco es posible la legitimidad sin el poder*: el poder hace posible la vigencia de los valores comunitarios. El término «validez» no designa únicamente la existencia específica de una norma desconectada de su sustrato sociológico —como pretendía Kelsen—; también es cierto sin embargo que añade un «plus» normativo a las condiciones reales. Esta *dialéctica de poder y derecho* —el poder hace posible el derecho y el derecho, a su vez, justifica y sustenta el poder— no es en absoluto desconocida por Kriele; pero las posibilidades del método dialéctico no son desarrolladas por él, resolviendo la dialéctica soberanía-legitimidad, poder-derecho en el sentido de la politización.

2. La tensión legitimación-legitimidad como dialéctica de la integración

Esta dialéctica, específica de la «integración» —en terminología de Smend— se apoya cabalmente en la tensión entre valores comunitarios que gozan de vigencia social («legitimación») y racionalización de dichos valores («legitimidad»). La tensión entre legitimación y legitimidad es la tensión entre soberanía o decisión política fundamental y racionalidad jurídica, entre consenso y norma, mito y razón, praxis y teoría. El valor primario del mundo moderno es el principio de racionalidad, y, en este sentido, tenía razón Max Weber al definir la legitimidad democrática como legitimidad racional; ello independientemente de que su propia óptica científica le llevase a reducir la legitimidad racional a legalidad, esto es, al positivismo formalista del orden establecido. Como el mismo Kriele ha expuesto brillantemente, esta racionalidad formal ha de ser sustituida y completada con criterios de tipo racional-material, de tal modo que la legitimidad democrática queda especificada como «justificabilidad racional», esto es, como la posibilidad de justificar el poder por medio de argumentos. La necesidad del poder deriva entonces no sólo de la utopía del «discurso universal», sino también del hecho de que *el propio principio de racionalidad es un «valor», es decir, un presupuesto pre-racional*. Como se ha repetido con frecuencia, «el Estado constitucional-democrático vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar (Bockenförde); entre ellos fundamentalmente el principio de racionalidad. Así pues, la legitimidad democrática significa básicamente posibilidad de justificación racional; pero este mismo postulado depende de la vigencia de unos valores comunitarios comúnmente aceptados: *la legitimidad depende de la «legitimación», de lo que Kriele llama Sittlichkeit o «moralidad»*. El poder sustenta el orden y actúa como factor del orden. Dicho en términos de la teoría del Estado: *no hay legitimidad sin soberanía. Pero —habría que añadir— tampoco hay soberanía sin legitimidad*. Tampoco hay poder sin derecho; las normas jurídicas de organización, por ejemplo, son presupuesto para el ejercicio del poder. Trasladado al campo de las relaciones legitimidad-legitimación: también la progresiva racionalización de los valores comunitarios impide el dominio de lo irracional, del poder ciego y, por tanto, de la politización. Sólo la progresiva implantación del principio de racionalidad fue causa de la superación de la concepción mítica del Universo; pero también de las formas políticas absolu-

tistas, y lo es de las autocráticas aún existentes. En el ámbito de las relaciones internacionales: sólo la progresiva racionalización es susceptible de vencer el enfrentamiento político y su consolidación en bloques ideológicos.

El planteamiento de Kriele es, pues, en principio, acertado. Robles Monchón también se suma a él: la decisión es un elemento que, aunque lejano o hipotético, siempre está presente. Los purismos y formalismos de cualquier signo no dejan de ser, en definitiva, cuanto menos abstractos. Pero la teoría de la decisión racional ha de ser reinterpretada desde una consideración dialéctica, si no se quiere caer en una acentuación de la decisión, es decir, en el decisionismo. Lo que se trataría es de completar el planteamiento excesivamente estaticista de Kriele por una consideración dinámica: los valores comunitarios, legitimatorios, se hallan inmersos en una dinámica permanente. *El consenso no es fruto de una situación estable, sino de la permanente dialéctica entre racionalidad y valores comunitarios*, es un «plebiscito cotidiano». Los valores comunitarios son continuamente renovados y reemplazados. Esta naturaleza dialéctica de la tensión logos-mito es apuntada también por Robles Monchón: «La lucha por la razón es una tensión dialéctica donde etapas anteriores muestran una racionalidad que desde los ingentes saberes de la ciencia es hoy imposible aceptar. Lo que ayer era racional hoy puede haberse convertido en irracional. Lo que ayer era logos es hoy mito»²¹.

Una interpretación dialéctica del problema de la legitimidad puede ayudar a considerar en toda su amplitud la eficacia racionalizadora y neutralizadora de la juridificación y, al mismo tiempo, «valorar» dicha racionalización en toda su amplitud simbólica, esto es, eminentemente antropológica. Logos y mito no son dos magnitudes opuestas y enfrentadas, sino dos manifestaciones de una misma realidad antropológica. Se trataría, por consiguiente, de revalorizar el mito en cuanto una forma más del conocimiento. Forma de conocimiento que no se impone sobre la conciencia reflexiva y que alcanza, al mismo tiempo, la «razón íntegra»; siempre y cuando se la interprete dialécticamente. La razón científica —también la jurídico-positiva— realiza una absolutamente necesaria labor de neutralización ideológica: alcanza no sólo un desvelamiento, sino también un apaciguamiento del enfrentamiento político. Pero es su misma relación dialéctica con los valores comunitarios legitimatorios lo que impide su *radicalización formalista*, y, a la larga, su ideologización. Del mismo modo, es la propia tensión dialéctica de los valores comunitarios, inmersos en un proceso de racionalización, lo que imposibilita que se recaiga en el mito y en una nueva visión uniforme del universo centrada en la energía irracional del poder. Dicha concepción dialéctica conlleva una teoría diacrónica, es decir, no mecanicista, del conocimiento, que no recae en la ideología precisamente por su carácter integrador, esto es, antropológico.

Kriele prescinde del carácter dinámico de los valores comunitarios, reemplazándolo por un mecanicismo racionalista que acaba convirtiéndolos en valores ideológicos. Por el contrario, la «validez» o vigencia social de unos determinados valores comunitarios y, en consecuencia, de un orden jurídico-político, se debe primariamente a su capacidad para adaptarse a las nuevas formas y estructuras sociales, superándolas a través de una función específicamente integradora. En

²¹ *Ibidem*, pág. 305.

este sentido, Smend distinguía entre «integración» e «ideología». Tomando como base la célebre discusión de los años 20 entre Richard Thoma y Carl Schmitt sobre la esencia y actualidad del parlamentarismo, Smend ve en el Parlamento no sólo una institución cuyos fundamentos ideológicos (discusión y publicidad) han dejado de tener vigencia —como postulaba Schmitt— ni tampoco simplemente una técnica decisoria, susceptible de ser sustituida automáticamente por la discusión en el seno de reuniones de especialistas (Thoma), sino como un sistema de integración política, capaz de adecuar sus principios a la cambiante realidad social²².

Esta naturaleza ambivalente, la tensión mitológicos, es especialmente patente en el principio de racionalidad y en su corolario jurídico-político, los derechos humanos.

El valor primario del mundo moderno es la racionalidad, y dicha racionalidad tiende a expandirse universalmente. Es cierto, sin embargo, que el principio de la racionalidad surge en un contexto muy determinado, el de la sociedad occidental y, en concreto, el de la Ilustración europea. Pero es tendencialmente universal y, en este sentido, muy lejano de cualquier forma de imperialismo occidental. Los derechos humanos han experimentado en el curso de su realización histórica una importante transformación de su contenido y significado, equivalente a su progresiva ampliación: primero, libertades del ciudadano inglés, después derechos de la humanidad, libertades formales del hombre, libertades concretas... En todos estos supuestos históricos, los derechos humanos pudieron actuar como factores de integración —más allá de la concreta ideología que los sustentaba en cada caso— gracias precisamente a su valor simbólico. En todas estas situaciones, los derechos humanos indicaban el nivel de racionalidad alcanzado por las diversas ideologías, pero apuntaban también a su superación. En cuanto elementos de la integración eran al mismo tiempo indicadores y factores de su realización histórica. El Estado, el Estado liberal de Derecho, el Estado social de Derecho, el Estado democrático de Derecho, han supuesto progresivas juridificaciones de los derechos humanos: en todos estos casos el valor simbólico de los derechos humanos ha superado la ideología dominante. Lo irracional, lo mítico, ha integrado dialécticamente en cada caso la juridificación, la racionalización neutralizadora. Paradójicamente, la fuerza integradora del principio de racionalización va más allá de su propia racionalización en un orden jurídico-político concreto. En el caso de los derechos humanos se percibe con toda nitidez su carácter ambivalente, la naturaleza dialéctica de la integración: facilitan el consenso, al mismo tiempo que apuntan a una superación de ese consenso capaz de posibilitar la consecución de un nuevo consenso. Lejos de depender del *humus* ético-político en el que surgen, recrean las condiciones de su vigencia y apuntan a su realización universal. «Lo que ayer era racional, hoy puede haberse convertido en irracional. Lo que ayer era logos es hoy mito». Y viceversa.

En este sentido, el valor integrador de los derechos humanos supera —aun admitiendo la exactitud, más que dudosa, de la solidificación en bloques ideológicos enfrentados a la que conduce el análisis de las ideologías dominantes en la

²² Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, págs. 119-276, aquí págs. 152 y sigs.

sociedad contemporánea que realiza Kriele— su vinculación a un determinado orden jurídico-político. El «mito racional» de los derechos humanos ha sido, por ejemplo, capaz de vencer la interpretación excesivamente formalista y legalista del Estado burgués de Derecho; nada impide creer que pueda ser también capaz de sentar las bases de un nuevo «paradigma» de la comunidad política, quizá más socializada y solidaria. Lo que interesa aquí señalar es que en modo alguno la concepción del hombre que sustenta los derechos humanos sea necesariamente un monopolio de la razón occidental encarnada en el Estado constitucional democrático. Las raíces metafísico-religiosas de los derechos humanos no son patrimonio exclusivo de la racionalidad occidental; es más, si es cierto que los derechos humanos se sustentan sobre raíces religiosas, éstas superan por su propia naturaleza cualquier estructura u orden político-social determinado. Religión y política confluyen en la antropología, pero la integración política y la ética religiosa son dos cosas distintas, si no se quiere caer en una peligrosa politización de la religión o sacralización de la política. La mediación entre religión y política sigue siendo —afortunadamente— necesaria.

3. *Consecuencias para la interpretación constitucional: la función de «indirizzo político» del Tribunal Constitucional*

Queda, por último, la aplicación de la teoría al campo del Derecho constitucional, y, en especial, a la específica situación, funciones y posibilidades del Tribunal constitucional en nuestro sistema institucional. En este sentido, la tensión legitimación (consenso social)-legitimidad (racionalización jurídica) como expresión de la dialéctica de la integración puede servir de marco teórico general que confirme y explicita algunas de las brillantes tesis que la doctrina (en especial los profesores García-Pelayo y García de Enterría) ha expuesto sobre el *status* y posibilidades de nuestro Tribunal constitucional.

Así, tanto García-Pelayo como García de Enterría²³, han puesto de manifiesto *la función integradora del Tribunal constitucional como producto de la dialéctica entre valores comunitarios y juridificación racionalizadora*. Para García de Enterría, «una de las funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente»²⁴. La justicia constitucional se ha revelado «como un formidable instrumento de integración política y social de la sociedad a la que sirve, el Tribunal realiza no sólo una función legitimadora, a la que Bickel llama la función mística ...el sistema entero reposa sobre una aceptación final, sobre un consenso último —ese consenso que justamente el Tribunal constitucional es capaz de estimular y de extender— ... la justicia constitucional cierra su círculo sobre un sentido final y global de la vida de las sociedades y del Derecho. Su última legitimación se encuentra, en definitiva, en el 'Tribunal de la Historia', en el

²³ Manuel García-Pelayo, «El "status" del Tribunal Constitucional»; Eduardo García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», ambos en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1 (1981), respectivamente, págs. 11-34 y 35-132.

²⁴ García de Enterría, *op. cit.*, pág. 90.

²⁵ *Ibidem*, págs. 93-94 y 102-103.

'plebiscito diario' sobre el que una comunidad se asienta por la comunión en ciertos principios»²⁵. Es decir, para García de Enterría la función del Tribunal constitucional es típicamente dialéctica: garantiza los valores sociales y «vive» al mismo tiempo de ellos. En la continuada juridificación de los valores de la comunidad a través de la interpretación constitucional se opera no sólo su racionalización, sino al mismo tiempo la creación de nuevos valores colectivos: por medio de esta tensión dialéctica entre consenso y Derecho se realiza cabalmente la integración política.

De este modo, *la función del Tribunal constitucional es al mismo tiempo creadora del Derecho e integradora de la realidad socio-política*. El problema es, entonces, si los valores materiales que la sociedad necesita destacar e imponer corresponde todavía elegirlos al legislador ordinario, pues «en una democracia representativa la determinación de valores debe ser hecha por nuestros representantes electivos», como afirma García de Enterría²⁶ o, por el contrario, el Tribunal constitucional es partícipe inmediato en la soberanía por participar «en la formación de la voluntad estatal», en «la dirección del poder supremo del Estado», en «las funciones de dirección y estructuración políticas», en el *indirizzo politico generale*, como apunta por ejemplo, Santi Romano. En este sentido, según García-Pelayo, el Tribunal constitucional incide en la dirección política del Estado, pues su función es interpretar y aplicar con carácter supremo el Derecho constitucional, esto es, un Derecho de contenido político «que establece la pautas normativas firmes dentro de las cuales acontece el dinamismo político, que crea el marco normativo fundamental de la acción política del Estado y que establece las vías de transformación de los poderes sociales en poderes estatales y de los valores políticos en normas vinculatorias o en directivas de la acción estatal»²⁷, y cuya participación en las funciones políticas del Estado se manifiesta a través del ejercicio de sus competencias de control.

En definitiva se trata de un interrogante muy próximo a la célebre y nuclear cuestión que ya planteara Carl Schmitt en *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*; mientras que el contenido de la decisión judicial es deducible del contenido de la ley y adquiere existencia a través de la subsunción de supuestos de hecho, «la decisión que resuelve las dudas sobre el contenido de una determinación constitucional no puede deducirse del propio contenido dudoso»²⁸. Es decir, negar un *carácter materialmente cuasi legislativo* a la labor decisoria del Tribunal Constitucional no deja de ser una cierta contradicción. En efecto, el Tribunal carece de competencias legislativas directas, pero puede evidentemente no admitir o aun excluir ciertas normas del orden jurídico, tanto a través del control preventivo o *a priori* (art. 95, 2 CE; título VII LOTC), como del control represivo o *a posteriori* (art. 161, 1, a) CE); no interviene en ninguno de los momentos del proceso legislativo, pero puede corregir *a posteriori* el resultado de tal proceso. El Tribunal *no hace* la ley, pero sí *la destruye*²⁹. La caracterización del Tribunal Constitucional por parte de Kelsen como «legislador ne-

²⁶ *Ibidem*, pág. 116.

²⁷ García-Pelayo, *op. cit.*, págs. 24-25.

²⁸ Carl Schmitt, *op. cit.*, págs. 79-80.

²⁹ También en este sentido, por ejemplo, Ipsen, *Die Nachprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*, Deutschen Landesreferate zum III Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London, 1950, Berlín, etc., 1950, IV, pág. 815.

gativo» adquiere en este contexto toda su virtualidad; punto en el que, por otra parte, coincide ampliamente con el propio Schmitt. No querer aceptar en aras del «purismo» del sistema la función legislativa negativa que el Tribunal materialmente realiza sería además en todo caso difícilmente compatible con la eminente función de apertura constante del sistema que se le atribuye; pues no resulta sencillo de entender que dicha apertura y posibilidad de cambio permanente del sistema haya de resultar de una labor meramente de subsunción, o —cuanto más— de una labor interpretativa basada en un catálogo de *topoi*, o en el precedente³⁰.

Así, el Tribunal constitucional es —en palabras de Stern³¹— la «encarnación de la Constitución en el sentido de su desarrollo y mantenimiento» («Verkörperung der Verfassung in Sinne ihrer Entfaltung und Bewahrung»). El Tribunal interpreta las pautas normativas firmes dentro de las cuales acontece el dinamismo político y la acción política del Estado —las famosas «decisiones políticas fundamentales»—, y esa interpretación es una re-creación de dichas normas. Casi se podría afirmar, que la norma se «diluye» en la interpretación, y que la interpretación «crea», al mismo tiempo, la norma: la sentencia constitucional vincula directamente a los poderes públicos (efecto legislativo negativo *erga omnes*, art. 164, 1, *in fine*), tan firmemente como la propia Constitución.

En este sentido, la doctrina mayoritaria —aunque no pacífica— en Alemania no equipara la idea de «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*) que va unida a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes con los mismos efectos que poseen las leyes. Su característica esencial sería, sin embargo, la de la semejanza de ley» (*Gesetzesähnlichkeit*), y aunque permanece en todo caso como sentencia, produce una vinculación general, a favor y en contra de todos³². Es decir, el Tribunal constitucional encarna la Constitución en cuanto que, como proceso abierto que incorpora los valores colectivos y los transforma en decisiones jurídico-políticas vinculantes *erga omnes*, simultáneamente la actualiza. La función del Tribunal constitucional es así una función dialéctica, integradora y abierta, que realiza progresivamente los valores pluralistas de la sociedad³³. Ello implica necesariamente una teoría pluralista de la interpretación constitucional, que sea capaz al mismo tiempo de integrar las diferentes teorías constitucionales en una sola, la cual sirva cabalmente para afirmar la primacía de la Constitución como una norma esencialmente dinámica e integradora³⁴. Cobra entonces especial relevancia la labor de la crítica.

³⁰ Como afirma García de Enterría, *op. cit.*, págs. 127 y sigs.

³¹ Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, Munich, 1980, pág. 950.

³² Cfr. Raúl Bocanegra, «Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán» en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1 (1981), págs. 235-274.

³³ Para una teoría pluralista de la Constitución y de la interpretación constitucional, confrontar Häberle, *op. cit.*; también John H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980. Sobre los problemas que plantea una tal teoría «abierta» de la Constitución, *vid.* Wilhelm Henke, «Der fließende Staat» en *Der Staat*, núm. 20 (1981), págs. 580-592. Los diversos aspectos de la función integradora son brillantemente expuestos por García-Pelayo, *op. cit.*, pág. 27.

³⁴ Cfr. en este sentido Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *Staat. Gesellschaft. Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, 1976, págs. 221-252. Böckenförde decanta a partir del análisis

«Jurisprudencia y doctrina han de caminar conjuntamente —en frase de García de Enterría— para que la legitimidad de la primera se afiance y se afirme, presentándose como la expresión inequívoca y autorizada de la Constitución y de sus valores fundamentales»³⁵. La hermenéutica que tiene su raíz en las ciencias del espíritu (Gadamer) puede aportar entonces una sólida base metodológica, a la que hay que añadir —como ha señalado lúcidamente Robles Morchón³⁶— el criterio de la previsión de las hipotéticas consecuencias a que esta o aquella interpretación del texto jurídico dará lugar, pues lo característico de las decisiones jurídicas es estar vinculadas a la responsabilidad de quien decide; y, en el caso de la sentencia constitucional, estar además vinculada a la transformación de los poderes sociales en poderes estatales. Una transformación de valores sociales en valores políticos jurídicamente vinculantes que, para no caer en la politización unilateral, ha de integrar dialécticamente en una teoría abierta el pluralismo de la sociedad. Este ha de ser obviamente el punto de arranque de una teoría democrática de la interpretación constitucional.

de las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional de Karlsruhe cinco teorías constitucionales: la liberal o del Estado burgués de Derecho, la institucionalista, la teoría de los valores, la funcional-democrática y la del Estado social de Derecho; al mismo tiempo, elabora «la» teoría interpretativa del Tribunal Constitucional alemán, pero no como integración de las otras en una unidad normativa, sino como decisión política fundamental anterior a la interpretación misma; en integrar las diferentes teorías constitucionales en una única, es decir, en mantener el carácter de *norma* de la Constitución, se halla, sin embargo, el gran reto para una teoría democrática de la interpretación constitucional.

³⁵ García de Enterría, *op. cit.*, pág. 131.

Por cierto que la cita de Martin Drath con la que García de Enterría pone punto final a su trabajo ha de traducirse justamente a la inversa de como lo hace el ilustre profesor de la Complutense. El texto de Drath en las palabras conclusivas del debate abierto con motivo de su ponencia «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en el tomo IX de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, 1951, pág. 133, dice (en cita de García de Enterría): «Dass es ihr gelingt, erscheint mir zweifelhaft, denn ein Ersatz für eine gewachsene Demokratie ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht» («Que esto lo consiga, me parece dudoso, pues tampoco la justicia constitucional es un sustitutivo para una democracia madura»), traducción que está mucho más de acuerdo con la función de transformación de valores sociológicos en político-jurídicos que realiza el Tribunal, que la «traducción» de García de Enterría: «... la justicia constitucional llegará a aparecérsenos como un elemento esencial para la suerte de la Constitución misma, como algo sin sustitutivo posible para una democracia madura».

³⁶ *Op. cit.*, págs. 124-125.