

APROXIMACIÓN POSTMODERNA A LA CONSTITUCIÓN

Por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón *

«lo que cuenta en última instancia... es la idea de la Constitución. La idea es tan determinante que, a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada puede, incluso, prescindirse de la cosa misma» (GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*)

1. «Por mi parte la suerte está echada. No soy nada moderno; pero muy siglo xx». Este programa con el que Ortega iniciaba *El Espectador*, podía parecer, en 1916, una argucia retórica. Casi cien años después, al iniciarse el siglo xxi, es orden del día de la postmodernidad.

No es ésta la ocasión, claro está, de lucubrar sobre lo que la postmodernidad sea ni es dudoso que lo que llamamos postmodernidad tiene con la modernidad una «comunidad incomparablemente más estrecha» que con fases más remotas de la historia. Nuestro siglo xxi por venir, continúa, en gran medida, la centuria anterior, como ésta llevaba dentro de sí al siglo xix. No se entienda, pues, y no lo repetiré más, nada de cuanto aquí se diga como intento de abandono de la dogmática tradicional en la que nos movemos, vivimos y somos. Antes bien, cualquier avance ha de hacerse en permanente diálogo con ella.

Pero, precisamente por eso, la postmodernidad, en el derecho como en cualquier otro campo, ha de caracterizarse subrayando los rasgos que la dife-

* Sesión del día 13 de mayo de 2003.

rencian y aun oponen a la modernidad. ¿Y cómo se caracterizó, en general a ésta? Por la primacía del sujeto epistemológico —desde Descartes al psicologismo—; por la radicalización del «pensar representativo» —ya iniciado en Platón—; por la sistemática omnicomprendensiva capaz de dar de todo razón suficiente —que tienen su cúspide en Hegel—. Ciertamente que el historicismo y su revalorización de lo singular, lo temporal y lo afectivo a partir de las propias Luces (Cassirer), supuso un toque de atención; pero su capacidad correctora del extremo racionalismo propio de la modernidad, se perdió en la estética romántica y lo que ella supuso en los más diversos campos, desde el arte hasta la política. De ahí que, a partir de comienzos del siglo xx, se propugne «la vuelta a las cosas mismas» (Husserl), la escucha atenta del Ser que termina encallando en una exégesis de la existencia (Heidegger), la substitución del idealismo racionalista por el racio-vitalismo (Ortega). En unas pocas palabras: el tránsito desde la subjetividad constituyente, que pretende generar la realidad a través de sus categorías dogmáticas, al reconocimiento de aquella, tal como aparece, más allá de toda categoría.

Pero el caso es que, entre tanto, las «cosas» en cuestión han dejado de responder a un paradigma de objetividad, exactitud y predictibilidad. El mundo que Rickert y Windelband denominaron de la «cultura», se sabe, desde Freud, irremisiblemente «impuro» y, en el de la naturaleza, la nueva física ha diluido la noción de objeto dotado de identidad propia en un conjunto de procesos y relaciones formales. La filosofía de la ambigüedad, como De Waelhens denominaba la fenomenología representada por Merleau Ponty, es, así, un prodromo de la «huída de las categorías».

Ahora bien, este retorno a las cosas mismas que, por ser singulares, temporales y cargadas de afectividad, esto es, históricas, resultaban irreductibles a una razón universal, simplificadora y totalizante, llevaba al rechazo de dicha universalidad y a una fragmentación de la cultura como aprehensión y consiguiente manipulación del universo. En eso realmente consiste la versión postmoderna de la cultura. Desde *El Desmembramiento de Orfeo*, propuesto por Hassan, hasta la «vida en fragmentos» de Bauman, pasando por la destrucción de los grandes metadiscursos legitimadores de la modernidad denunciada por Lyotard. Tal es lo que Pinillos, en un libro de extraordinario valor pedagógico, ha denominado *El Corazón del laberinto* (Madrid, Espasa, 1997).

El postmodernismo es, en consecuencia, un pensamiento y una correlativa conducta a la medida de las cosas singulares y no de las ideas, claras y distintas por abstractas y generales, que el hombre construye sobre las cosas mis-

mas para dominarlas e, incluso, para sustituirlas o para sustituirlas creyendo, así, dominarlas. Pensamiento y conducta que, por ceñirse a las cosas mismas, también se ciñe al propio hombre y, de ahí que, junto al eclipse de la subjetividad —del que, como se expone a continuación, el pensamiento jurídico da testimonio— sea propio de lo postmoderno, una absolutización del yo. Tal es, a mi modesto entender, la mica del postmodernismo. El lúdico pastiche de terminología lingüística, marxista o filofreudiana, la ganga.

Sin duda, la postmodernidad no es, como la modernidad no fue, sólo pensamiento, si bien en éste, parafraseando de nuevo a Ortega, deja su huella más temprana el soplo primerizo de los tiempos en cambio, aunque sean los cambios de los tiempos quienes inducen los nuevos modos de pensar; ni todo el pensamiento ha abandonado las pretensiones constituyentes de la modernidad como demuestra, por ejemplo, la teoría económica más al uso. Pero la nueva actitud apunta, en diversos campos, tanto de la realidad social y aún física, como de su interpretación intelectual. Tal es el caso del mundo del derecho y del pensamiento jurídico, en cuya Teoría General, el postmodernismo ha hecho ya acto de presencia, y a estos signos que nos alertan desde un horizonte cada vez más cercano, quiero atender a la hora de proponer una interpretación de la Constitución como la altura del tiempo exige.

La postmodernidad jurídica cuenta ya con una importante producción doctrinal. Desde Paterson en Estados Unidos a Chevalier en Francia o Stacy en Australia pasando por Concepción Martínez Carrasco (*Postmodernidad y Derecho Público*, Madrid, CEPC, 2002) en España, por sólo citar trabajos de conjunto. A veces, sin embargo, cuando la interpretación de los fenómenos jurídicos, pretende ser conscientemente postmoderna, cae en la tentación de repetir ante ellos los esquemas teóricos de los llamados filósofos postmodernistas que, en consecuencia, funcionan, en el mejor y no más frecuente de los casos, como los denostados por la postmodernidad discursos legitimadores propios de la racionalidad moderna. Lo que la postmodernidad requiere es dejar hablar a la realidad, atender a «la fuerza normativa de los hechos» que propugnara Jellinek, como precoz heraldo, en el campo del derecho, de la «vuelta a las cosas mismas».

2. La Constitución cuyos veinticinco años de vigencia celebramos es, como con toda Constitución ocurre, ucrónica, y la cuestión radica en interpretarla y aplicarla de tal manera que no resulte anacrónica.

La ucronía constitucional tiene varias raíces. Por una parte, la Constitución pretende, desde el presente, lo que Rawls llamara el «momento constitu-

yente», regir el futuro. Por otra, ese momento constituyente, aun mirando al futuro, atiende al pasado, puesto que reacciona contra él. Como he expuesto en otro lugar, la Constitución de 1978 es eminentemente reactiva. Frente al régimen autoritario inmediatamente anterior; frente a los «demonios familiares», reales o imaginarios, que el propio autoritarismo invocaba para justificarse; frente a los contenciosos políticos que envenenaron nuestra historia constitucional desde las Cortes de Cádiz para acá. Y a esas dos razones de la ucronía, comunes a tantas otras Constituciones —la alemana de 1948 reacciona contra el III Reich y contra Weimar, como la francesa de 1958 frente a las fórmulas constitucionales de la IV.^a y aun de la III.^a República—, en el caso español se añade otra: se trata de una Constitución dogmática, puesto que la doctrina, no siempre de la mejor calidad, dejó excesivas huellas en su articulado, y sabido es que la teoría siempre es gris frente al árbol verde y dorado de la vida. Una vida, en fin, que durante este último cuarto de siglo ha acelerado, como pocas en la historia de la humanidad, su ritmo de cambio.

Por eso, la Constitución que tantos elogios ha merecido y tales sentimientos de adhesión parece haber engendrado, puede quedarse fuera del tiempo, y en eso consiste la ucronía. Pero el propio fin de la norma se desvanece si su letra no puede ser interpretada, como sabiamente dice el Código Civil, a la luz de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

El intérprete puede, sin embargo, evitar el riesgo del anacronismo atendiendo al carácter abierto de la Constitución que, tras las huellas de Häberle, también vengo reivindicando desde hace tiempo (vid. mi obra *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003, págs. 45 sigs.). Apertura técnica al bloque de constitucionalidad y aún más allá; apertura existencial, tanto a un proceso público permanente, como a una estructura policrática, *inter*, *supra* y *para* estatal; apertura, en fin, que se corresponde a lo que, felizmente, es una sociedad abierta. Y no deja de ser paradójico que mientras nadie se atreve o, al menos, se atrevía a negar esto último, hasta el punto de rozar las peligrosas fronteras de lo que Popper denominara «sociedad abstracta», escandalice propugnar la condición abierta de nuestra Constitución y, más aún, extraer de ello consecuencias prácticas sobre su reforma, mutabilidad y elasticidad.

Si la Constitución de 1978 es una constitución abierta, y hay suficientes argumentos técnicos y políticos para mantenerlo así, ello exige una actitud abierta por parte del intérprete. Abierta a la realidad, en dos direcciones en apariencia opuestas y, sin embargo, complementarias.

Por un lado, apertura al elemento teleológico-axiológico de la propia Constitución, su más radical realidad, lo que el Código Civil denomina espíritu y finalidad de las normas. Porque la Constitución nunca puede interpretarse mecánicamente. No se trata de un aparato regulador de la elaboración de las leyes, la emanación de sentencias y la producción de actos administrativos, mediante un sistema de distinción de órganos, colación de los mismos y distribución de competencias y correspondiente garantía de derechos. Todo eso sólo tiene verdadera relevancia en cuanto que son factores funcionales, materiales y aun simbólicos de lo que es el *telos* o finalidad última de la Constitución: la integración política en el Estado, de las libertades y de su funcionamiento pluralístico (Smend). Y es ese *telos* —libertad e integración— lo que el intérprete debe de tener siempre presente cuando ha de escudriñar el sentido normativo de la Constitución y extraer sus consecuencias prácticas, aplicándola y desarrollándola.

Por otra parte, apertura a la realidad social del propio tiempo, que no ha de substituir la finalidad y los valores de la norma, pero en la que éstos han de hacerse realidad so pena de resultar estériles. Y esta realidad, precisamente para ser integrada, como la meta de la Constitución exige, debe de ser reconocida tal como es. La fuerza normativa de los hechos, es, así, el correlato de la pretensión de eficacia de la norma.

De ahí, que puedan distinguirse dos posibles aproximaciones a la Constitución para comprenderla y aplicarla, que, utilizando el paradigma de la «gemelización» (recientemente propuesto por Pérez Prendes en el campo de la historiografía jurídica en Herrero y Scholz, eds., *Las Ciencias Sociales y la Modernización*, Madrid, RACMP, 2002, págs. 346 sigs.), cabría denominar *usus modernus* y *usus novus*.

En efecto, el *usus modernus pandectarum*, título de la obra clave de Samuel Stryk (1690-1710), supuso, en sus comienzos, una apreciación realista de la recepción del Derecho romano en Alemania como *mores hodiernae* de la práctica judicial, una vez rechazada, a partir de Herman Conring, la «*Lotarische Legende*» que había sustituido, a su vez, la doctrina de la *traslatio imperii*. Pero esta vuelta a las cosas mismas *avant la lettre* en el campo del derecho, terminó derivando hacia una hipervalorización de las categorías así gestadas y ello por dos vías. Por una parte la influencia en el *usus modernus* de la jurisprudencia elegante holandesa que reforzó las tendencias filológicas del humanismo —desde Heinnecio hasta Glück— y fecundó el terreno donde había de germinar la Escuela Histórica cuya derivación dogmática, a partir de Windscheid, es sobradamente conocida. Y, de otro lado, la consideración del derecho de Pandectas

como el mejor derecho natural, tanto por la escuela alemana, influida por Grocio, también heredero de la jurisprudencia elegante, como por la francesa, a partir de Domat y Pothiers. Las categorías del derecho romano sentaron así plaza de leyes naturales.

Ahora bien, abunda, ahora y aquí, la actitud paralela de considerar la Constitución como una especie de «ratio scripta», igual al viejo derecho de Pandectas y, como tal, inmutable, a interpretar según las categorías heredadas precisamente de la Teoría del Estado acuñada en el siglo XIX, y restaurada, más que renovada, en la segunda postguerra mundial una vez olvidada, por políticamente incorrecta, la literatura jurídica de crisis. Se trata, como ocurrió con el *usus modernus pandectarum*, de un criptoiusnaturalismo, tan dogmático y, dicho sea de paso, aburrido, como el de los racionalistas, pero que sustituye el derecho natural por un cuerpo legal sacralizado y las categorías dogmáticas sobre el mismo construidas. El peso de la «tradición del libro» que tanta influencia ha tenido en la moderna ciencia jurídica, muestra, una vez más, sus ambivalentes virtualidades. *Timeo hominem unius libri* decía Loyola, algo que hoy habría que repetir de muchos comentaristas de la Constitución, que no parecen haber superado el más timorato método de la escuela de la exégesis. Y la, por otra parte, tan acertada positivización de los principios fundamentales del ordenamiento (arts. 1,1 y 9,3 CE), hecha con la sana intención de exorcizar el iusnaturalismo, ha servido para cargar el sentimiento constitucional de fervores criptoiusnaturalistas.

Muy moderno y poco del siglo XXI, diría hoy Ortega. A la postmodernidad en la que ya estamos inmersos y hacia cuyo horizonte seguimos avanzando, debiera corresponder un *usus postmodernus* de la Constitución, que denominaré *novus* en oposición a *modernus*. Este *usus novus* ha de atender a los hechos, las relaciones y las instituciones jurídicas tal como son y no como la modernidad los imaginó y quiso que fueran.

3. ¿Cómo se caracteriza la «modernidad» jurídica y política? En un bello y sugerente estudio, Javier Conde (*Escritos y Fragmentos Políticos*, Madrid, IEP, 1974, II, págs. 183 sigs.), tras las huellas de Zubiri, lo hizo con tres rasgos correspondientes a otros tres órdenes funcionales de la convivencia humana: la dominación, la concurrencia y la comunión, de los que el Estado, el mercado y la Nación, son, respectivamente, manifestaciones paradigmáticas.

El Estado corresponde al orden por dominación y su atributo definitorio clásico, la soberanía, pasa por ser la dominación por excelencia. Ahora bien,

el Estado de Derecho es un orden que instrumenta la dominación a través de un sistema jurídico tan estable, general y jerarquizado como el propio Estado, con el que se confunde, y cuya clave de bóveda es la Constitución. ¿Cómo se caracteriza la versión moderna de ésta?

En primer lugar, radicalizando su carácter normativo. La verdadera Constitución, frente a sus desviaciones nominales o semánticas, es normativa (Löwenstein). A partir de la Constitución austriaca de 1920 y, más aún, de la Ley Fundamental alemana de 1948, eso es claro en el constitucionalismo europeo y la doctrina y jurisprudencia españolas han insistido en ello, al hilo del vigente texto de 1978 que no deja dudas al respecto (art. 9.1 CE) y como tal debe ser tratada. Baste, por todos, citar el emblemático título de un autor no menos emblemático entre nosotros: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas, 1981) de Eduardo García de Enterría, nuestro jurista «moderno» por excelencia.

Ahora bien, el orden jurídico «moderno» del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) cuya norma suprema es la Constitución y su tematización por la «moderna» ciencia del derecho es racionalista, individualista y dogmático.

Lo primero supone el axioma de una razón universal y omnicompreensiva, caracterizada, a su vez, por tres rasgos. La razón universal lo abarca todo, porque lo reduce todo a unidad y la unidad de la pluralidad es el sistema. La razón, por universal, es sistemática. Y por universal y sistemática, es generalizadora. Contempla los objetos en lo que tienen de general y, por lo tanto, los iguala. Por último, esta razón es normativa. No acepta las cosas como son, sino que les impone su subjetiva estructura racional. La rotunda expresión de Spinoza que pudiera pasar por ingenuo realismo —el orden y conexión de las ideas es el mismo que el orden y conexión de las cosas— lo que en verdad revela es el imperialismo racionalista, porque la coincidencia resulta no del ver los objetos como cada uno es, sino de imponerles cómo deben de ser. No es el entendimiento lo que ha de regirse por el objeto, sino el objeto por el entendimiento, diría Kant, una generación después. En este punto, Hegel y los posthegelianos no harán sino extraer las lógicas consecuencias de tal imperialismo de las ideas.

El derecho moderno es racionalista. No es tanto un ser, como era el caso de las prácticas forenses y las opiniones doctrinales atentas al ser, «ya ahí» del «viejo y buen derecho» propio de los antiguos, sino un deber ser que pretende transformar las cosas en vez de mantenerlas en su estado. Si el derecho premoderno era un instrumento de conservación, el derecho moderno lo es,

cada vez más, de cambio. Al imponerse la idea de «progreso», la función de justicia que se corresponde a la de perfeccionamiento social, predomina sobre la función de paz, que se corresponde a la de conservación social. Y ello es evidente desde las típicas cuestiones del derecho privado como la normativa sucesoria —de las vinculaciones a las desamortizaciones—, al derecho internacional —del respeto a la soberanía a la intervención humanitaria— pasando por los objetivos redistribuidores de la normativa fiscal o promotores de la administrativa.

Y esto lo hace atendiendo a los caracteres generales y no particulares de personas y cosas. Por eso el derecho moderno es igualitario, porque es abstracto. Si el Estado es una comunidad general que no toma en cuenta los caracteres individuales (de Krüger a Habermas), tiende lógicamente a homogeneizar e igualar. En el derecho internacional, las polifacéticas y asimétricas relaciones entre comunidades políticas que caracterizaban el mundo premoderno se sustituyen, paulatinamente, por el principio de igualdad de los Estados que prescindía de algo tan importante, pero particular, como el respectivo poder de cada uno de ellos, la peculiar identidad o identidades que expresan o los símbolos que las actualizan. En el derecho público interno, cuestiones como la organización territorial, que en el derecho premoderno se caracteriza por la diversidad, se tratan en el moderno más geométrico, como corresponde a lo que llega a considerarse puro ámbito competencial y los fisiócratas, que están en el origen de tan importante mutación, no ocultan que la nueva organización territorial es instrumento de igualdad ciudadana. Igualdad ciudadana que del derecho público pasa a las relaciones privadas que, según el viejo aforismo, crecen a su sombra. La caracterización del derecho moderno frente al arcaico, como el paso del status al contrato, se hace realidad en el proceso de modernización del derecho, consistente en la paulatina y, después, acelerada disolución de las instituciones en las estipulaciones.

El individualismo, característico del derecho moderno, coincide con el orden por concurrencia que Conde señalaba como rasgo de la modernidad política. En efecto, la razón remite al individuo y habrá que esperar a Hegel para que una razón objetiva amenace con engullirlo. Pero el derecho natural racionalista, la economía fisiocrática y de los primeros clásicos y la tradición romanista del *usus modernus pandectarum* y sus consecuencias, son individualistas. El Estado de derecho kantiano, como el mercado de Smith, aunque sus motivaciones sean radicalmente diferentes, tiene por objeto la coexistencia de esferas individuales de libertad. Esto es, un orden por concurrencia cuyo mantenimiento se configura, a partir de la Constitución de los Estados Unidos de América, como finalidad del Estado.

Pero hay un tercer orden funcional de convivencia, propio de la modernidad política, que legitima la dominación y posibilita una ordenada concurrencia: el orden por comunión del cuerpo político, que se encarna en la Nación. Ésta, titular de la soberanía, proporciona una nueva legitimidad al poder y el derecho, que la secularización, propia de la Ilustración, amenazaba con privar de su fundamento religioso. El Estado y su Constitución no se legitimarán ya en factores *trasascendentes*, como el derecho divino, pero sí por factores *trasdescendentes* (Wahl), como es la identidad de un cuerpo político al que ha de corresponder un Estado, titular del poder constituyente y de la voluntad general cuya expresión es la ley. Pero esa nueva forma de trascendencia no parecía vincular ya a una autoridad externa ni a un pasado inmutable o, cuando menos, tan respetable que sólo con mano temblorosa, decía Burke, puede tocarse, sino que responde a los imperativos del ajuste automático de un orden por concurrencia y como tal ha de ser interpretada. Constitución y leyes pueden y deben hacer tabla rasa de privilegios y prejuicios, de costumbres, opiniones y precedentes. «¿Queréis tener leyes buenas?», había preguntado Voltaire: «Tirad las que tenéis y haced otras nuevas inspiradas en la sola razón», era la respuesta ilustrada.

Constituciones y Códigos son los dos instrumentos que la modernidad jurídico-política ha utilizado para plasmar estas tres aspiraciones. Ambos son racionalizadores, aspiran a la regulación total de las relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas, para sujetarlas a un plan previo tenido por «justo» —el propugnado por una «Constitución ideal», sea ésta la liberal democrática del siglo XIX, la socialdemócrata de la I.^a postguerra o la del Estado Social de la II.^a, o, con la misma lógica, el constitucionalismo socialista—. Ambos son individualistas y construyen el derecho público —la Constitución y su desarrollo— sobre los derechos individuales, y el derecho privado —los Códigos— dando primacía a la autonomía de la voluntad sobre las instituciones. Ambos vinculan sus propósitos unificadores a la unidad nacional y así lo demuestra la lucha por la codificación y su conexión con el moderno constitucionalismo.

No es de extrañar que la dogmática jurídica creada sobre tales bases se caracterice por la dureza cristalina de sus categorías. Y ello induce una práctica de las mismas características. Así, por ejemplo, la doctrina sentada en diferentes ocasiones por el Tribunal Constitucional se ha mostrado hermética a cualquier dimensión no estrictamente mecánica de las normas, *v. gr.* la indiferencia ante las denominaciones y la minusvaloración de los símbolos.

El Estado es un orden completo y cerrado; sus elementos —territorio, población, soberanía— homogéneos y enterizos; el poder constituyente, unila-

teral e incondicionado, como corresponde a su titular, la Nación, expresa o tácitamente, siempre «una e indivisible»; la ley, jerárquicamente suprema, como expresión de la voluntad general, etc.

Y todo ello, en virtud del mero «deber ser» normativo cuyo mejor exponente será Kelsen. ¿Por qué el territorio, reducido a un mero ámbito competencial, es homogéneo? Porque lo dice la norma y, en su virtud, Francia, Portugal y España pudieron intentar la farsa de la provincialización de sus posesiones coloniales, si bien es en este punto de la homogeneidad territorial, según demostré en anteriores ocasiones, donde comienza a quebrar esta visión enteriza del Estado, propia de la modernidad. Y si el territorio podía calificarse de simple ámbito de competencias, ¿por qué no hacer otro tanto con la población al margen de cualquier signo prejurídico de identidad? La idea de *demos* depurado de cualquier rasgo prepolítico, propugnada por Habermas, es la lógica consecuencia de tal planteamiento.

4. A esta dogmática, cuya excelencia intelectual nunca será, por otra parte, debidamente ponderada, corresponde la interpretación de la Constitución todavía al uso. Así la Constitución, más normativa que integradora, puesto que, ante todo, como norma se concibe, es una Constitución omnicomprensiva, de modo que fuera de ella, de sus previsiones, marco y fundamento no hay nada (STC 76/1988). Más aún, se pretende integrar, como de una Constitución es propio, precisamente por su enérgica pretensión de normar, esto es, regular y ordenar heterónomamente el conjunto. De ahí que, como señalara Stern en la doctrina alemana, nuestro tiempo tenga verdadera obsesión por la ejecución de la Constitución, de manera que toda iniciativa política se justifica o impugna en nombre de la Norma Fundamental. Si el Estado constitucional euro-continental ha padecido, bajo la influencia francesa, de legocentrismo, el «Estado legal», que decía Carré de Malberg, su versión actual, substituye la soberanía de la ley por la soberanía de una Constitución interpretada como «super ley».

Como corresponde a una visión eminentemente normativa de la Constitución, su interpretación subraya el rango jerárquico de la Norma fundamental y la jerarquía de todo el ordenamiento que en ella se fundamenta (desde la STC 16/1982). Sin duda, el principio de competencia ha substituido al de jerarquía en muchos aspectos, como corresponde a un Estado autonómico frente a un Estado centralizado, pero las relaciones interordinamentales de dicho Estado autonómico se articulan sobre el principio de estricta supremacía de la Constitución (desde la STC 4/1982) y de las consecuencias competenciales que de ahí se han deducido. En este sentido, acierta plenamente García de Enterría cuando señala

que el objetivo de la frustrada LOAPA, anulada en gran parte por el Tribunal Constitucional, ha sido sobradamente cumplido por la doctrina decantada por el mismo Tribunal. Se trata de lo que dos Presidentes del mismo, Tomás y Valiente y Cruz Villalón, han denominado «un moderado centralismo» (*La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pág. 466).

Si, por una parte, se afirma que la legislación no es mera aplicación de la Constitución como el reglamento lo es de la ley, cada iniciativa del legislador invoca su fundamento constitucional —basta ver los preámbulos de las leyes— y se insiste en que los Estatutos de Autonomía no son sino desarrollo de la Norma Fundamental. La jerarquía reduce todo, en último término, al marco constitucional y es, así, instrumento de la omnicomprensividad.

La interpretación de la Constitución ha subrayado su elemento subjetivista, al poner máximo énfasis en los derechos fundamentales del individuo (*vid.* STC 64/1968) sobre cuyo modelo se construyen los restantes derechos y relaciones.

La Constitución normativa, jerárquica, subjetivista y omnicomprensiva, es homogeneizadora porque su interpretación equipara, permanentemente, generalidad e igualdad (*vid.* STC 8/1983 en adelante), si bien la ponderación de las circunstancias diferenciales y el fin promocional del poder público lleva a flexibilizar dicha equiparación en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, hasta reconocer que la diferencia entre normativas territoriales no afecta al principio de igualdad, lo cual tiene un insospechado alcance para la futura organización del Estado autonómico.

5. Ahora bien, es evidente que, por razones cuya explicación no es el momento de dar, la modernidad, al menos lo que entendemos por modernidad política, entra en crisis. Cuando se pone en tela de juicio la primacía de la razón abstracta y universal, quiebra el sistema que cede el paso a otros modelos sistémicos como el «laberinto», la «Rizoma» o las «organizaciones reticulares».

Así, en cuanto hace a las organizaciones, el Estado, entendido como ordenamiento sistemático, se hace complejo e incluso asimétrico, como demuestran las nuevas formas de federalismo y las más recientes versiones de la integración internacional. Por ejemplo, la Unión Europea, con razón calificada de «objeto jurídico-político no identificable».

En lo que se refiere a las normas, la generalidad de la ley cede el paso al particularismo del reglamento y no sólo allí donde la competencia reglamentaria es la común y la del legislador la excepcional, sino porque la abundancia de leyes marco y de leyes de ocasión —*v. gr.* la ley de acompañamiento de los presupuestos—, leyes temporales y singulares y la fronda de normas no meramente ejecutivas que ya Duguit calificara de «leyes particulares» (locales, estatutarias, de asociaciones), revelan la crisis material, si no formal, del principio de legalidad.

Por último, en lo que hace a las relaciones interinstitucionales, interorgánicas y de la propia Administración con los administrados, la flexibilidad substituye a la estabilidad y la negociación al poder de mando.

En consecuencia, el orden por dominación propio del Estado deja de caracterizarse por su atributo típico, la soberanía, y esta categoría se diluye en el pacto. ¿No supone eso su «puesta en común», tan en boga en las organizaciones supranacionales?

Paralelamente, cuando el individualismo conduce a la pérdida del sentido y el orden por concurrencia, entiéndase el mercado, se totaliza. Cuando absorbe todo lo demás y, en consecuencia, excluye los otros órdenes funcionales de la convivencia humana. Esto es, cuando amenaza con disolver la solidaridad nacional y engullir al propio Estado; entonces surgen, como reacción, el derecho objetivo, los derechos sociales y los derechos colectivos.

Por último, el orden por comunión que legitimaba la dominación y posibilitaba la concurrencia, entra en crisis, cuando «la voluntad general» se entiende como «voluntad de todos», puesto que el ciudadano se substituye por el «hombre concreto», sujeto de intereses particulares, y esta voluntad de todos termina siendo la voluntad de algunos, merced a la corporativización del medio social y a la oligarquización de los cuerpos así creados (*v. gr.* los partidos políticos y el Estado «de cuotas» que de ellos surge).

6. ¿Cómo incide el derecho en esta nueva realidad y cómo debiera interpretarla una «nueva» ciencia del derecho? En términos generales cabe afirmar que al paradigma del derecho moderno, caracterizado por la unidad, la generalidad, basada en el individualismo, y estabilidad del ordenamiento jurídico, se opone un nuevo paradigma. Sus caracteres, en contraste con los del anterior, son la complejidad, la singularidad y la flexibilidad.

En efecto, el ordenamiento jurídico moderno es el ordenamiento estatal, en su orden único y pleno, que sólo establece relaciones de supremacía jerárquica con otros órdenes infraestatales derivados y dependientes y relaciones de coordinación con otros Estados, a través de un derecho público externo. Por el contrario, los ordenamientos jurídicos que hoy nos ofrece la realidad son plurales. No sólo se ha tratado de institucionalizar, con las Naciones Unidas, una concepción monista del derecho internacional que reconoce más y más sujetos no estatales de derecho de gentes y somete a éste los diferentes Estados, concepción hoy, por cierto ocasionalmente en crisis, sino que los ordenamientos estatales se abren a otros ordenamientos *infra*, *para* y *supra* estatales. Las nuevas formas de federalismo asimétrico, correspondientes a la organización de sociedades plurinacionales y diferenciales, así como las propias organizaciones supranacionales, son buen ejemplo de ello. Si es casual, no deja de ser sintomático que, cuando la postmodernidad insiste en la «fragmentación» de la realidad, se recupera la categoría de «fragmentos de estado» para dar cuenta de identidades nacionales a-estatales, a la vez que éstas, renunciando a la estatalidad y, en consecuencia, de manera elegante, a la independencia, ponen especial énfasis en su condición nacional. Cada vez, en efecto, son más las naciones sin Estado que reivindican el pleno reconocimiento de su identidad sin pretender por ello la independencia estatal (vid. mi *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid, Taurus, 1998, págs. 159 y sigs.).

Ciertamente que, junto a esta creciente complejidad, se da un esfuerzo doctrinal y práctico de racionalización y sistematización. Pero no, como pensara y propugnara Kelsen, bajo la supremacía jerárquica de una omnicompreensiva constitución normativa, sino a partir de la positivación, con muy enérgica pretensión de validez, de los derechos humanos fundamentales que, universalizados materialmente, e internacionalizados formalmente, luchan por imponerse a todos los ordenamientos, tanto internacionales, como supranacionales, estatales e infraestatales, si bien ellos mismos son objeto de una radical mutación más adelante esbozada.

Esta complejidad pluriordinamental lleva a una revalorización de lo singular. El paradigma moderno, basado en el individualismo, suponía que el Estado es una comunidad general sin propiedades particulares, no identificable con ningún contenido material concreto, que toma a los ciudadanos sólo en su dimensión de tales (Krüger). Ahora, el individuo, que es ya más que ciudadano, «hombre concreto» (Burdeau), aparece insertado en una realidad colectiva y sus más fundamentales derechos sólo son viables en el horizonte de los colectivos (Kymlicka).

Por último, la realidad jurídica postmoderna substituye la estabilidad propia del paradigma moderno, basada en la rigidez y la jerarquía, por la flexibilidad, tanto en la génesis de la regla jurídica, como en su contenido y aplicación, hasta el punto de que el pacto, antes propio del derecho privado y del derecho internacional, por su escaso grado de integración, aparece más como principio emergente del derecho público, tanto en las relaciones constitucionales como jurídico-administrativas.

7. ¿Qué supone aplicar el paradigma así incoado a la interpretación de la vigente Constitución? Cabe cifrarlo en tres palabras: *Complejidad, singularidad y flexibilidad*. Me ocuparé de cada uno de ellos en los parágrafos siguientes.

Pero antes importa destacar que la Constitución española de 1978, aparece como una constitución de tránsito, mostrando la continuidad entre modernidad y postmodernidad. A la vez que, en tantos aspectos, muestra las lastras políticas y doctrinales del pasado que entonces se ofrecía como «moderno» y, sin duda, para España lo era, en otros extremos incoa rasgos netamente postmodernos. Así ocurre con la propia técnica redaccional compensatoria del constituyente, de acuerdo con la cual «los elementos de la realidad social se recomponen como si fuera un mosaico», hasta la abundancia de compromisos apócrifos, que yo mismo en su día denuncié con excesivo énfasis sin comprender que, como es propio de la postmodernidad, «cuando todo es válido, todo se convierte en aceptable». Y otro tanto ocurre con la concreción de lo general en lo que, también con excesiva severidad, denominé «pseudouniversales concretos», *v. gr.* el derecho a la «vivienda digna y adecuada» (art. 47) en vivienda adecuada para ancianos, niños y discapacitados (art. 50 y también, indirectamente, arts. 39.4 y 49) (véase *El Valor de la Constitución*, cit., pág. 24 y sigs.).

Y pasando de la forma al fondo, la Constitución incorpora elementos que ya corresponden al paradigma postmoderno, al menos en tres aspectos: la apertura de la propia Constitución, aspecto que he desarrollado largamente en otro lugar, la nueva concepción de los derechos fundamentales, y el principio pacticio. Un paradigma que habrá de tomarse en serio si, de veras, se pretende rendir pleitesía a la Constitución, no sólo con la boca y de palabra, sino con obras y de verdad.

8. Primero, la vigente Constitución descansa en la visión de *una sociedad compleja* a cuya complejidad no se pretende imponer una horma, sino dar vía libre. El pluralismo que, como valor superior del ordenamiento, proclama el art. 1.1 CE, no es sólo político, sino, para serlo de veras, económico, social e ins-

titucional. Un pluralismo de base personal que no sólo se corresponde al valor de libertad afirmado en el propio art. 1.1, sino que le añade una dimensión organizacional, consagrada en el art. 22 CE y de la cual los partidos políticos (art. 6), las organizaciones sindicales y empresariales (art. 7), las confesiones religiosas (art. 16) son algunas, sin duda no todas, de las manifestaciones más importantes.

Y un pluralismo de base territorial, afirmado, a la luz del preámbulo («proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»), en el art. 2 y en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y que su propio desbordamiento en el ámbito local (art. 137 CE) ha desnaturalizado. Un pluralismo cuya organización asimétrica incoa la propia Constitución al establecer criterios lingüísticos (art. 3), geográficos (art. 138), jurídicos (art. 149.1.8.^a) y aun políticos (Disposición Adicional Primera) de diferenciación asimétrica. Unos criterios sepultados en la generalización y homogeneización autonómica llevada a cabo por vía convencional a partir de los Pactos de 1981 y que, sin embargo, la identidad nacional de Cataluña, Euskadi y Galicia no cesa de reivindicar. El hecho diferencial canario apunta en la misma dirección. El constituyente no dejó de reconocerlo (art. 138.2 y Disposición Adicional Tercera) y la evolución estatutaria del archipiélago lo confirma.

Un pluralismo, en fin, que se refleja en el reconocimiento del orden internacional, si no aceptando expresamente la supremacía de sus normas generales, sí previendo la recepción automática de las normas convencionales por parte del ordenamiento interno (art. 96 CE) y, sobre todo, mediante una cláusula de apertura que prevé la transferencia de competencias a instituciones inter y supranacionales (art. 93 CE) lo cual ha permitido la integración en el orden jurídico eurocomunitario.

Este *pluralismo supone la pluriordinamentalidad*. Porque la cláusula de apertura del art. 93 CE permite la integración inter y supranacional de España y en consecuencia fundamenta su posición en un ordenamiento que se proclama, como el europeo, autónomo y que, como tal ha de ser aplicado. Porque, el sistema autonómico organizado a partir del Título VIII de la Constitución, se basaba en un principio dispositivo y, en consecuencia tendente a la asimetría institucional y competencial, inhibido por la convención constitucional generada a partir de los Pactos Autonómicos de 1981. Porque queda claro que, en dicho sistema, el principio de jerarquía, propio de la administración del Estado (art. 103 CE), se substituye por el principio de competencia. Por el reconocimiento expreso de la autonomía de ciertos órdenes institucionales (*v. gr.* art. 27.4 CE) y aso-

ciativos en los que, como ha abundado el citado Tribunal, no es dado interferirse al poder estatal (*v. gr.* SSTC 21/1988 y 56/1995). Porque la misma Constitución reconoce la existencia de derechos originarios paraestatales que, pese a la doctrina acuñada por el Tribunal, no crea ni fundamenta, sino que, como preexistentes, «ampara y respeta» (Adicional Primera CE).

Al fin y al cabo, tal interpretación no hace sino seguir las huellas de S. Romano en su famoso *Ordenamiento Jurídico*, un texto que, por su, entonces, reciente traducción (Madrid, IEP, 1963), publicación y difusión en nuestro país, fue determinante en la doctrina iuspublicista española al tiempo de redactarse la Constitución y que, expresa o tácitamente, tuvo presente el constituyente. En él se vincula derecho, ordenamiento e institución, no gratuitamente, sino siguiendo de cerca, aunque sin confundirse, el organicismo de Gierke; se afirma la pluralidad de ordenamientos; y se niega la exclusiva originalidad y consiguiente supremacía del ordenamiento estatal.

Ahora bien, según Romano, es rechazable, tanto la reducción del derecho a norma, como la teoría que ve en el Estado el único señor y árbitro no sólo de su derecho, sino de todo derecho y ello debería llevar a interpretar el ordenamiento jurídico al que se refiere el art. 9.1 CE como un conjunto de ordenamientos, correspondientes a una pluralidad de instituciones, originarios incluso, sin perjuicio de su mutua relevancia.

Sin duda este *pluriordinamentalismo debe sistematizarse* desde la Constitución, pero no sobre un principio de jerarquía que no es siempre posible, basta pensar en el derecho europeo, y que llevaría en todo caso a su desnaturalización. La sistematización ha de hacerse, *no bajo, sino a la luz de la relevancia de una Constitución «principal»*, algo que ni la doctrina más autorizada ni el propio Tribunal Constitucional han hecho todavía.

La cuestión radica en saber si esa constitución principal, ese «marco» constitucional es substancial o procedimental. Esto es, si se trata de unos valores, de unos símbolos, de unas instituciones comunes que, expresan y, a la vez, contribuyen a la integración del conjunto. O consisten en un mero procedimiento consensuado para la toma de las decisiones sobre dicho conjunto. En otras palabras, si los factores de integración son materiales o únicamente funcionales.

A mi entender, y después insistiré en ello, la experiencia histórica demuestra la insuficiencia de los factores meramente funcionales si no existen

factores materiales de integración y los más fervientes defensores del mero consenso procedimental como fundamento del *demos* ciudadano, por ejemplo Habermas, insisten en el respeto y la promoción de los derechos fundamentales como clave irrenunciable del mismo, traicionando así la afirmada neutralidad axiológica del propio *demos*.

9. Segundo, la Constitución hace una *opción netamente individualista* (art. 10.1) y, por individualista, igualitaria (art. 14), de acuerdo con la cual los derechos fundamentales de la persona, considerada como tal, sin acepción de condición alguna más que su genérica humanidad, son el fundamento del orden político. Los derechos son derechos del hombre, esto es de la persona física y sobre este paradigma se construyen jurisprudencialmente los derechos de las personas morales, que son tan individuales como las primeras.

Ahora bien, está claro que el constituyente, en el propio texto de la norma fundamental, dejó testimonio de la insuficiencia de este planteamiento al prestar atención a una serie de colectivos cuya concreción rebasaba la hipotética igualdad ciudadana. A eso llamé en su día pseudouniversales concretos. Pero lo que aquí interesa destacar, aunque sólo quepan trazar breves pinceladas, es que el orden igualitario de libertad al que responde la letra de la Constitución está abocado a una profunda transformación, muchos de cuyos gérmenes se encuentran en la Constitución misma. En efecto, *la radicalización de lo individual lleva a lo colectivo, la de lo subjetivo a lo objetivo, la de la generalidad a la valoración de lo singular y particular*.

a) Lo primero ocurre porque lo colectivo es el horizonte de posibilidad de lo individual. Que la intersubjetividad sea condición de toda subjetividad también tiene aquí su proyección. Por una parte, como muestra el último liberalismo (Kymlicka, Taylor), el sujeto sólo se realiza en una comunidad de cultura que le habilita para el desarrollo de su personalidad y le ofrece el marco para el ejercicio de sus derechos. Baste, por vía de ejemplo, pensar en lo que el marco lingüístico (art. 3 CE) supone para los derechos de libre expresión (art. 20 CE) y acceso a la educación (art. 27 CE), entre otros. Además, hay derechos que sólo tienen sentido ejercidos de manera no ya colectiva, sino organizada, como son los derechos laborales (v. gr. art. 28,2 sólo posible en relación con el art. 28.1 CE) y ello es cierto, incluso de los derechos más íntimos como es el caso del de libertad religiosa. ¿Qué es, en efecto, la libertad religiosa si a la de conciencia (art. 16.1 CE) no se une la libertad de culto, de catequesis y de la organización del servicio a la comunidad, lo cual lleva a una necesaria organización institucional de la que la propia Constitución se hace cumplido eco (art. 16.3 CE)?

A partir de ello la doctrina ha construido la categoría de *derechos colectivos* tan fundamentales como los individuales, de los cuales me limitaré a destacar tres rasgos.

Primero, su titularidad no corresponde a las personas ya naturales ya morales, sino a la colectividad y si esta se construye, después, como persona jurídica será como un mero recurso técnico. Baste pensar en que la libertad no escrita que es el derecho a hablar la «propia» lengua supone, por definición, un derecho colectivo de la comunidad lingüística cuya eventual institucionalización, de la que el derecho comparado ofrece ejemplos, es una cuestión secundaria, derivada y no imprescindible. El art. 3 CE y su amplia proyección en el bloque de constitucionalidad ofrece buenos ejemplos de ello. Y otro tanto puede decirse del derecho al medio ambiente (art. 45.1 CE) en la proyección cultural que le ha dado ya la doctrina y la jurisprudencia, hasta comprender la identidad de un territorio y de su propia comunidad.

Segundo, el objeto de estos derechos se confunde con el sujeto. Los derechos colectivos suelen responder más al modelo de los derechos de la personalidad que al de los derechos subjetivos. En efecto, en ellos no se actúa ninguna voluntad ni se tutela un interés concreto como es propio de estos últimos, sino que se irradia una realidad existencial valiosa por sí. El derecho histórico (Adicional Primera CE), entendido, según he propuesto (*loc. cit.*, págs. 366 sigs.) y es cada vez más admitido, como proyección de un cuerpo político con identidad propia e infungible, es buen ejemplo de ello. Por eso los derechos colectivos, como los derechos de la personalidad, son verdaderos bienes jurídicos colectivos.

Tercero, la actualización de los tales derechos, precisamente por su condición de bienes jurídicos, implica cierto grado de indisponibilidad, que se instrumenta a través de una protección externa y una restricción interna. Aquélla para impedir la erosión del bien colectivo por un agente exterior. Tal es el caso, por ejemplo de la garantía institucional que protege los derechos civiles forales, tanto del legislador estatal, desapoderado al efecto, como del legislador autonómico que sólo puede conservarlos, modificarlos y desarrollarlos (art. 149.1.8.^a CE), pero no abrogarlos o substituirlos por otros. La segunda para impedir que la erosión se produzca por la desafección de los miembros del mismo grupo, lo cual, sin duda, plantea un conflicto entre la libertad de las opciones individuales y la salvaguarda de los derechos colectivos. El derecho y la práctica comparados ofrecen numerosos ejemplos que debieran evitar el escándalo, porque la preservación del bien colectivo lleva a una limitación de la libertad individual.

En España, la legislación lingüística de algunas comunidades autónomas con lengua «propia» distinta del castellano, responde a este modelo y la doctrina del Tribunal Constitucional no ha dejado de avalarlo, pero no es otra la *ratio* del deber de conocer el castellano impuesto a todos los españoles por el art. 3 CE.

Los derechos fundamentales siguen siendo tales, pero no son ya los de sólo los individuos, sino, también, los de las colectividades en que éstos se integran (art. 9.2 CE) y los flujos migratorios y el establecimiento de poblaciones no autóctonas característico de nuestro tiempo, dan especial importancia a los derechos colectivos así entendidos y obliga a ponderar el alcance de la extensión de los derechos al extranjero (art. 13 CE) y los costes y beneficios sobre el sistema de integración mono o multicultural por el que se opte.

b) Paralelamente, los derechos límite y oposición propios del liberalismo —los clásicos *status negativus* y *status positivus libertatis*—, contruidos como derechos públicos subjetivos se han ido completando con derechos de crédito o prestacionales para hacerlos eficaces en la práctica. Los poderes públicos han asumido una tarea asistencial para poner al alcance de todos, mediante las correspondientes prestaciones, aquellos recursos —el «ámbito vital efectivo», dirá Forsthoff— que hacen posible el disfrute de aquellas libertades. Surge así el Estado «social» como complemento necesario del Estado liberal de Derecho y a ello responde el calificativo del art. 1.1 CE y el fin promocional que a los poderes públicos asigna su art. 9.2 CE y su posible intervención en la economía, puesta al servicio del interés general (art. 128 CE).

Ahora bien, la cuestión excede de la mera redistribución económica porque tales *intereses generales requieren sustraer de la mera mecánica del mercado los valores que están más allá de la oferta y la demanda* (Röpke) convirtiéndolos, así, en bienes jurídicos. Desde el campo de la economía, dice Zagrebelsky, se ha pasado a las condiciones de la vida social en general, a las relaciones del hombre con el medio natural y hoy se abre camino, cada vez con más fuerza, la exigencia de regular las relaciones intergeneracionales. Tal es el sentido de los arts. 45 —derecho al medio ambiente— 48 —participación de la juventud— y 50 —promoción del bienestar de la tercera edad—. ¿No debiera interpretarse en este sentido la primacía del interés general que, poco antes de redactarse la Constitución, Alejandro Nieto (*RAP*, núm. 76, 1975) consideraba «vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo» y que impregna la obra del constituyente (*v. gr.* arts. 38 y 128)?

Los derechos fundamentales, asumidos como valores objetivos, se convierten, así, en principios estructurantes de todo el ordenamiento y de la reali-

dad política que lo subyace. En su formulación constitucional puede distinguirse, junto al polo subjetivo del derecho fundamental en su versión clásica, un polo objetivo que es garante de la efectividad de aquél y que, frecuentemente, como es el caso de nuestra Constitución, se formula, no como derecho fundamental, sino como Principio Rector. Así la protección de la familia (art. 39 CE) es el horizonte que hace posible el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE) o la política orientada al pleno empleo (art. 40 CE), el del derecho al trabajo (art. 35 CE). No es casual y lo demuestra la experiencia, que cuando el polo objetivo entra en crisis, se debilita, hasta esfumarse, el contenido del polo subjetivo.

Ahora bien, esta hipervaloración de los derechos fundamentales hasta convertirse en principios estructurales del ordenamiento los lleva, siempre en cuanto formulados como Principios Rectores, e incluso en los demás casos, a convertirse en derechos de configuración legal. De límites al poder se transforman en inspiradores del mismo, pero ello los pone, en gran medida, a merced del legislador y la cláusula de garantía del contenido esencial (art. 53 CE) pierde gran parte del valor que originariamente se le supuso. La doctrina del Tribunal Constitucional así lo confirma.

c) La tercera gran mutación de los derechos fundamentales se debe a la radical modificación de sus titulares, de su mismo objeto y de las nuevas formas de ejercicio que las innovaciones técnicas hacen posibles. Con intención meramente ilustrativa, baste pensar que el derecho de libre circulación y residencia (art. 19), en principio extensible a los extranjeros (art. 13.1 CE) ha debido ser cercenado por una legislación de extranjería cada vez más severa, puesto que no es lo mismo la circulación de individuos y familias que las de masas de inmigrantes. Y, en el próximo futuro, es de prever que la problemática demográfica de ciertas áreas, *v. gr.* Canarias, exija nuevas modulaciones de este derecho para hacerlo compatible con otros, tales como el medio ambiente (art. 45), la protección del patrimonio artístico (art. 46) o el urbanismo racional que requiere el derecho a la vivienda digna (art. 47) e, incluso, el derecho a la residencia de la propia población autóctona.

Si del sujeto se pasa al objeto, es claro que los flujos migratorios y la extensión de la comunicación contribuyen a la difusión de nuevas doctrinas religiosas y sus consecuentes prácticas, en principio amparables en la libertad de conciencia y religiosa (art. 16.1). Pero es claro que la noción de «orden público» que limita la práctica religiosa externa, pudiera alcanzar a tutelar, frente a la práctica no ya pública, sino incluso doméstica, aquellos valores que la comuni-

dad receptora estima esenciales. Así, por ejemplo, la dignidad de la mujer y su plena igualdad de derechos.

Por último, en cuanto a la actuación de los derechos se refiere, no es lo mismo el ejercicio de la libertad de expresión (art. 20 CE) mediante la imprenta, que es, como la pluma, prolongación de la mano, que a través del Internet, con su disolución de la autoría y difusión planetaria. Las propias restricciones previstas en la Constitución (art. 20.4 CE) requieren, cada día más, una regulación de los medios de comunicación que, en una fase anterior, hubieran pasado por represivos.

Los ejemplos podrían multiplicarse en torno a muy diversos derechos fundamentales. Paradójicamente, la universalización de su disfrute ha sacado a luz las diferentes matrices de su formulación, como ha puesto de relieve Antonio Cassese (vid. *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, trad. esp., Barcelona, Ariel, 1993, pág. 49), liberales unas, socialistas otras, identitarias muchas de ellas y ello ha conducido a que los derechos sólo puedan alcanzar su verdadero significado en el correspondiente contexto cultural, con la consiguiente toma en consideración de diferentes *standard* no universalizables. Piénsese en lo que libertad religiosa (art. 16), el derecho a la educación (art. 27) o el derecho a contraer matrimonio en condiciones de igualdad (art. 32) significan en una sociedad occidental o en una sociedad islámica y el consiguiente conflicto que la interrelación en un mismo territorio, por efecto de los nuevos asentamientos poblacionales, de tales sociedades, supone. De otra parte, la masificación y tecnificación en el ejercicio de los derechos ha incrementado su potencial conflicto con «los derechos de los demás» (art. 10.1 CE), ya individuales ya colectivos, y requieren una nueva configuración legal no siempre compatible con lo que tradicionalmente ha pasado por ser su contenido esencial (art. 53 CE). En todo caso, la cuestión de *la identidad colectiva* aparece una y otra vez en el centro de la problemática así esbozada.

De ahí que la Constitución preste especial atención a determinados colectivos particulares cuyos intereses es preciso defender frente a la generalidad e igualdad de un orden general de libertades. En un principio se interpretaron estas disposiciones como otras tantas versiones de la función promocional del derecho, afirmada con carácter general en el art. 9.2. Pero su más profundo significado aparecen en una sociedad en trance de globalización, para salvar, frente a la lógica del mercado (art. 38), valores tales como el equilibrio interregional (art. 40.1), los derechos de los trabajadores (art. 40.2), la asistencia social (art. 41), o los derechos de los consumidores (art. 51). En la medida en que se

pongan en cuestión otros valores inherentes a la dignidad y desarrollo de la persona (art. 10.1 CE), se hará necesaria su constitucionalización por una u otra vía.

10. Tercero, la flexibilidad. El derecho moderno se presenta como un orden heterónomo cuyo principio fundamental es la jerarquía. A ello responde la enfática autoafirmación de la supremacía de la Constitución (art. 9.1) tantas veces reiterada por la jurisprudencia y la doctrina y los consiguientes principios de jerarquía normativa y de legalidad (art. 9.3). Ciertamente que, como ya se dijo más atrás, la opción autonómica ha substituido la jerarquía por la competencia en las relaciones entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos, pero no es menos ciertos que éstos reiteran en su propio ámbito la estructura y principios del derecho «moderno» y la supremacía de la Constitución reconduce a unidad la pluralidad de ordenamientos.

Sin embargo, en la propia Constitución se apuntan ya indicios de *una concepción diferente del derecho que substituye la heteronomía por la participación y la jerarquía por el pacto*.

En efecto, la participación exigida por el principio democrático se encuentra en las antípodas de la supremacía del poder público y, más concretamente, de la Administración. Así lo vio claramente Merkl, hace más de un siglo, al vincular la «ley democrática», expresión de la abstracta voluntad general, con la «administración burocrática», fiel ejecutora de las decisiones de aquella con un criterio no menos general. Por ello, el derecho público clásico no vio con buenos ojos cauces de participación ciudadana distintos de las elecciones periódicas, con contadas y tardías excepciones doctrinales. Incluso las técnicas de democracia directa, con tanta dificultad introducidas en la Constitución (art. 91), han sido restrictivamente desarrolladas por el legislador estatal y autonómico y aplicadas más restrictivamente aún. Una práctica constitucional a la altura de las circunstancias, debería hacer un uso más frecuente, y por frecuente menos dramático, del referéndum consultivo a todos los niveles, desde el estatal al local, como vía para hacer realidad la «opción pública» entre diversas políticas posibles. Ni todas las políticas se concretan en el mandato electoral de los partidos, ni toda opción ha de ser encauzada a través de la confianza en éstos.

Sin embargo, la Constitución introdujo una cláusula promocional en su art. 9.2 que, depurando el modelo italiano de 1948 (art. 3.2), atribuye a los poderes públicos la tarea de promover «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» y la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, ha vinculado a este precepto la participación ciudadana

en las tareas administrativas, por ejemplo en el campo urbanístico, *v. gr.*, información pública. Se trata de lo que la doctrina ha denominado «democracia participativa», como diferente de la democracia directa y de la democracia representativa. Esto es, la participación de los ciudadanos o de las instituciones sociales que los representan en procedimientos que concluyen con una decisión de los poderes públicos terceros. Esto es, la intervención ciudadana no se traduce directamente en actos jurídicos decisorios (Pizzorusso).

Tres son las dimensiones en que esta participación ciudadana puede proyectarse de acuerdo con lo que la Constitución incoa. Por un lado la participación orgánica, esto es mediante la inclusión de los ciudadanos en las propias instituciones administrativas. Tal es, en primer lugar, el caso de las corporaciones públicas como instrumento de autoadministración. Ya *intuitu personae*, en el caso de la autorregulación y autoadministración de determinadas profesiones, como los Colegios, constitucionalizados en el art. 36 CE; ya *propter rem*, al organizar autónomamente determinadas actividades para prestar servicios de interés general. Así las «organizaciones profesionales» reguladas en el art. 52 CE y que, como he mostrado en la obra citada, a partir de la Ley de 1993 no tanto «defienden intereses económicos que les sean propios» como debieran realizar actividades de interés público.

Otros supuestos de participación orgánica, que muestran los caminos abiertos por el constituyente y aún no seguidos por el legislador y, menos todavía, por las administraciones públicas, son la de los representantes de intereses y de expertos tan encomiada por la doctrina, de la que el derecho comparado ofrece brillantes ejemplos y de las que en nuestro derecho y práctica apenas se encuentran débiles rastros [*v. gr.* art. 24.1.b) Ley del Gobierno 50/1997].

En segundo lugar, la participación funcional que permite la colaboración de los ciudadanos con la Administración sin incorporarse a la misma. Tal es el caso de «la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y las asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten» [art. 105.a) CE], tímidamente desarrollado en la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997 y por algunas otras normas locales y sectoriales —*v. gr.* legislación del consumidor—. El art. 77 es, atendiendo a su génesis parlamentaria, un frustrado intento de ello. No creo que pueda ni deba equipararse a estas formas de participación, la audiencia de los interesados en los procedimientos administrativos [art. 105.c) CE], que responde más al principio de contradicción (cf. art. 24.2 CE) que al de participación. Por razones diferentes, tampoco parece que la participación ciu-

dadana en la administración de justicia a la que se refiere, como posibilidad, el art. 125 CE, sea asimilable a la democratización participativa de la Administración, aunque es un síntoma más de la tendencia a la integración de los ciudadanos en la otrora lejana estructura de los poderes públicos.

En el mismo sentido cabe calificar el reconocimiento de «la fuerza vinculante de los convenios» (art. 37.1 CE) que supone renunciar al monopolio de la producción normativa en manos de los representantes de trabajadores y empresarios; esto es de organizaciones no estatales aunque de relieve constitucional (art. 7). La autonomía de la voluntad, raíz de la denominada elaboración negocial del derecho, pasa, así, del privado al público.

Por último, la a mi juicio más innovadora forma de participación es la llamada Administración concertada. Sus precedentes son, de una parte, las clásicas técnicas de fomento mediante las cuales la Administración incitaba a los administrados a que, a cambio de determinados beneficios, realizasen una serie de tareas de interés público; y, por otra, la gestión indirecta de los servicios públicos mediante fórmulas concesionales a particulares. La administración concertada ha llegado a caracterizar la intervención administrativa actual en la prestación de servicios, el urbanismo, las relaciones sociales o la ordenación de la economía, cualquiera que sea la calificación y valoración que de ella haga la doctrina. Para unos, lo que bajo la aparente concertación existe son reglamentos unilaterales a los que voluntariamente puede acceder el administrado a través de un sistema de cláusulas modales. Otros caerán en el denominado «espejismo cuasicontractual». Y no falta quienes admitan, sin ambages, su naturaleza contractual. Pero todos reconocerán que la clásica relación de supremacía general o, incluso, especial, entre la Administración y los administrados, se substituye por una relación de colaboración, sin duda asimétrica, pero presidida por los principios de voluntariedad y equilibrio. No sería otro el supuesto de la planificación indicativa que tácitamente consagró el constituyente en el art. 131 CE y es, en todo caso, técnica muy utilizada en nuestro derecho público.

11. Semejante concepción negocial del derecho se prolonga en los procedimientos de elaboración de los Estatutos de Autonomía que, si formalmente son aprobados por Leyes Orgánicas (arts. 146; 147.3 y 151 CE), esto es, decisiones unilaterales del Estado, son, a todas luces, pactos políticos y no es prueba menor de la esquizoidea reinante en este campo, reconocerles el carácter de tales y no extraer, a la hora de interpretarlos en derecho, las correspondientes consecuencias jurídicas.

Esta paradoja es especialmente llamativa en el caso de los titulares de «derechos históricos» (Adicional Primera CE). La Ley de Reforma y Mejoramiento del Fuero de Navarra de 1983, parte integrante de nuestro bloque de constitucionalidad, afirma sin ambages su carácter paccionado y así ha sido reconocido por la más reacia doctrina al efecto (García de Enterría). Con ello, adquiere carta de naturaleza en nuestro derecho el concepto, vitando hasta hace poco, de Ley Paccionada. Se ha producido lo que Juan Alfonso Santamaría (Martín Retortillo, ed., *Derecho Público Foral de Navarra*, Madrid, Civitas, 1992, pág. 51) ha calificado, agudamente, de recepción constitucional por vía de convención de una elaboración doctrinal.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, a la vez que, por ejemplo, reconoce la peculiaridad de la vía navarra de acceso a la autonomía mediante el mejoramiento foral, respecto de la general prevista en los arts. 143 y 151 CE (S. 16/1984), y el carácter pacticio de dicha vía (S 15/ 2000), no ha sacado las consecuencias oportunas. Así, al tratar del Convenio Económico, tras reconocer plenamente su génesis negocial, no sólo en el plano político, sino en el jurídico formal, concluye que la fuerza normativa del mismo procede, exclusivamente, de la voluntad unilateral del Estado mediante ley aprobada por las Cortes Generales (S. 179/1989). ¡El jacobinismo de nuestros días resucita, en esta ocasión, la vieja distinción entre ley formal y contenido material que los mantenedores del Principio Monárquico y su último eco en la Ley de Cortes de 1942, habían utilizado para hacer de la sanción regia y no de la aprobación parlamentaria la autora de la ley! El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de octubre de 1995, ha sido, con relación a la ley del Concierto vasco, mucho más coherente reconociendo su carácter pacticio.

Ahora bien, si Mejoramiento y Convenio son paccionados por traer su causa de los derechos históricos originarios que reconoce la Adicional Primera de la Constitución, cabe preguntarse por qué no se predica lo mismo del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que engarza con la misma norma constitucional (*vid.* arts. 16, 17 y 41 y Adicional Única EAPV).

Las consecuencias jurídicas y políticas de todo ello son evidentes. Entre otras, como ya he expuesto en distintas ocasiones, que la capacidad de decisión sobre la propia organización política y la competencia sobre la propia competencia, son pactadas. Es decir, nadie las tiene en exclusiva, sino junto con otros. La soberanía es, de esta manera, cosoberanía, porque la decisión es codecisión.

La evolución del Régimen Económico Fiscal de Canarias, sin perjuicio de su diferencia radical con los «derechos históricos», reconocida por el Consejo

Consultivo Canario en diferentes dictámenes, ofrece otra muestra de la expansividad de este principio pacticio. Con independencia de si la Disposición Adicional Tercera CE es o no una garantía institucional, importa saber en qué medida la reforma del REF mediante Ley de las Cortes Generales, está condicionada a la aquiescencia del Parlamento Canario. Si no cabe duda de que el previo informe de dicho Parlamento es preceptivo porque así lo dice expresamente la citada Adicional Tercera (STC 36/1984, FJ. 6.º), se discute sobre su carácter vinculante o no vinculante. Parte de la doctrina ha señalado que de la literalidad de la Constitución y del propio Estatuto resulta que el informe preceptivo no es vinculante. Pero de los criterios contextuales e incluso históricos de interpretación (art. 3 CC) parece apuntarse otra solución.

En efecto, el art. 45 del Estatuto de Autonomía de Canarias de 1982, en este punto mantenido en la reforma de 1996 (art. 46), a la vez que explicitó la garantía meramente conceptual de la Adicional Tercera CE en términos que no permiten dudar de su condición de garantía institucional, transformó el Informe previo requerido para la modificación del REF en dos procedimientos. Por una parte, «el previo informe del Parlamento Canario, para ser favorable, deberá ser aprobado por las dos terceras partes de sus miembros» (art. 45.3, hoy 46). De otra, «el Parlamento Canario deberá ser oído en los proyectos de legislación financiera y tributarias que afecten al régimen económico-fiscal de Canarias» (art. 45.4, hoy 46). La mera interpretación conjunta de ambos preceptos, como señala Orozco Muñoz (*El Régimen Fiscal Especial de Canarias*, Madrid, Pons, 1957), permitiría concluir que si el segundo requiere un informe preceptivo, el primero ha de tener otro alcance, aunque es otra la posición del TC en Sentencia 16/2003, de 30 de enero. ¿Qué sentido tendría, si no, mencionar el carácter favorable del informe relativo a la modificación del REF en el supuesto del art. 46.3 y no del art. 46.4?

Ahora bien, los actuales arts. 54 y 55 del Estatuto de Autonomía, reformado en 1996, tienen evidente carácter pacticio y los nuevos artículos que en la reforma del REF han incorporado a éste las inversiones estatales y otras compensaciones del hecho insular (art. 138.2 CE) hasta entonces consignadas en leyes estatales, han extendido a éstas su indisponibilidad unilateral por parte del legislador estatal, mediante su incorporación, vía REF, al bloque de constitucionalidad. Por fin, la cláusula de revisión estatutaria en su última redacción de 1996 (art. 64.2), acentúa el carácter pactado del mismo Estatuto.

Puede discutirse mucho sobre la noción de bloque de constitucionalidad, pero, se vincule o no dicha categoría a lo dispuesto en el art. 28 LOT, pare-

ce evidente que lo informa y caracteriza el principio pacticio. Ni los Estatutos de Autonomía ni otras normas de las que el REF es paradigma, pueden ser modificadas ni, aplicando los principios generales del derecho debieran, lógicamente, ser interpretadas por una sola de las partes.

Ahora bien, si las normas infraconstitucionales del bloque de constitucionalidad que contienen nada menos que parte tan «positiva» de la Constitución como es la denominada «constitución territorial» (Cruz Villalón), son pactadas, ¿no es lógico interpretar como pacto la propia Constitución, el principal y más encomiado carácter de cuya factura es ser una Constitución consensuada? ¿Cómo admitirlo políticamente (*v. gr.* Peces-Barba, *La Constitución Española de 1978*, Valencia, 1981, pág. 17) y no extraer de ello las lógicas consecuencias jurídicas sin caer en la esquizoidea de una política ajena a los cauces jurídicos y un derecho ajeno a su contenido político, con las letales consecuencias que ello tiene para un Estado de Derecho? Y si la Constitución es un pacto, ¿cómo dejar su interpretación final a la jurisdicción de una sola de las partes? En efecto, sería extraño, aunque así se hace todos los días, predicar el carácter consensuado de la Constitución y, a continuación, concebir el poder constituyente como una potestad suprema, unilateral e incondicionada, como si la realidad política en la que se insiste, nada tuviese que ver con las categorías jurídicas que se utilizan. Y no lo sería menos, aunque no resulte menos frecuente, negociar y pactar a los diferentes niveles que la Constitución preside o a los que la Constitución se abre y reservar para la interpretación del bloque de constitucionalidad los imperativos de unilateralidad, heteronomía y rigidez.

12. De todo lo expuesto resulta que la vigente Constitución no sólo pudiera interpretarse alternativamente a como viene haciéndose, si no que, insensiblemente, se apunta una interpretación caracterizada por tres planteamientos alternativos. Primero, la substitución de la unidad abstracta y, por abstracta, generalizadora, por *un pluralismo*, por concreto, *asimétrico*. Segundo, la de la perspectiva subjetivista e individualista, por otra más atenta a lo *objetivo y colectivo*. Tercero, la del principio jerárquico por el *pacticio*.

En efecto, la concepción de la Constitución como abierta, plural y asimétrica que resulta de todo lo anteriormente dicho, aboca el sistema constitucional a un permanente y complejo dinamismo que impide interpretarlo como algo simple y estable. Ahora bien, el desequilibrio inherente a la asimetría genera un «orden por fluctuaciones» cuyo análogo principal es lo que la física denomina «estructuras disipativas» (Prigogine). Esto es, utilizando categorías de juristas clásicos como Jellinek o Rossi, cuando la tensión creada por la asimetría,

traspasa cierto umbral de elasticidad del sistema, este se muta y, en vez de caer en el caos, se autorregula con una forma de funcionamiento diferente de la que tenía. El pacto o concierto entre los «actores», necesariamente colectivos, del sistema es la vía para ello, en vez de la mera aplicación mecánica a supuestos que ya son diferentes. *La pluralidad conduce a la asimetría y ésta exige el pacto.*

No creo necesario ponderar la trascendencia de este nuevo planteamiento que, para bien o para mal, emerge con fuerza en los más variados sectores del derecho público de nuestro tiempo y que encuentra firmes asideros en el propio texto constitucional, en piezas relevantes de nuestro bloque de constitucionalidad y, más aún, en las exigencias de lo que Maunz denomina una «Constitución viva», si es que la Constitución —y sus intérpretes— han de responder al imperativo de su «telos»: la integración. Solamente se integra la realidad social reconociéndola como es. Y no es ésta la ocasión de exponer detalladamente las implicaciones concretas de tales principios. Pero baste señalar que suponen la mutación de dos categorías fundamentales de nuestra actual Teoría de la Constitución y del Estado: la soberanía y el derecho público subjetivo que ya el viejo León Duguit señalaba como reliquias de una concepción superada de las relaciones e instituciones jurídicas, cuyo abandono constituía, a su juicio, dos de *Las transformaciones del Derecho Público*.

En torno a la génesis, decantación y crítica del concepto de soberanía han corrido ríos de tinta que no son ahora del caso. Baste señalar que, reafirmado enfáticamente en el preámbulo de la Constitución («La Nación española... en uso de su soberanía, proclama su voluntad de...») y en los arts. 1.2 («la soberanía nacional reside en el pueblo español») y 8.1 («Las Fuerzas Armadas... tienen como misión garantizar la soberanía...») tiene un significado más que ambiguo. La misma Constitución niega sus caracteres más clásicos. En su virtud, el Estado no expresa ya su voluntad suprema a través de la ley, puesto que ésta tiene diversas fuentes de producción, estatal y autonómicas, equivalentes entre sí, y su propio concepto se ha diluido en el de «legislación» que comprende también las normas reglamentarias y aún cedido ante la producción de normas privadas (*v. gr.* art. 37 CE).

Por otra parte, el *imperium* estatal se encuentra limitado por la distribución competencial establecida en la propia Constitución, tanto horizontalmente, en virtud de los derechos fundamentales (Título I), garantizados por el instituto de la responsabilidad (art. 106 CE, generosamente desarrollado por el legislador), como verticalmente por las competencias transferidas a instituciones supranacionales (art. 93 CE) o atribuidas o reconocidas a entidades infra (Título VIII) y paraestatales (Adicional Primera).

La soberanía, en fin, no es un *quantum* competencial y quienes, ingenuamente, pretendieron identificarla con las competencias exclusivas que al Estado reserva el art. 149.1 CE, vieron de inmediato desautorizada su tesis por la erosión de dicha exclusividad en virtud de las cláusulas de atribución, transferencia y delegación de los arts. 93 y 150 CE. La soberanía es así una magnitud «exfoliable», como en su día intuiera Lapradelle con relación a las competencias sobre el mar, de la que se pueden separar competencia tras competencia. ¿Hasta dónde? Cuantitativamente no creo que pueda señalarse un límite y la propia dinámica de la Unión Europea así lo ha demostrado.

Incluso el Poder Constituyente, unilateral e incondicionado, se disuelve en ácido pactista. La Constitución consensuada, fue y debe seguir siendo una Constitución pactada. Pero el pacto no crea una nueva voluntad, sino, a lo más, una unión de voluntades recíprocamente condicionadas. Una Constitución consensuada supone, en consecuencia, un poder constituyente superdeterminado en el que la cosoberanía substituye a la soberanía. Ésta, como voluntad unilateral, no es viable y su titularidad formal en «el pueblo español» remite a una realidad compleja y policrática. A una realidad «fragmentada».

Pero *la souveraineté c'est quelque chose*, decía el general De Gaulle y la polémica que el concepto provoca cada vez que se discute, reivindica o reafirma, muestra, más allá de la perjudicial inercia de ciertas categorías, la vitalidad de un concepto que no expresa ya ni supremacía, ni plenitud ni siquiera un intangible acerbo competencial. ¿Dónde encontrar su significado?

El único texto constitucional no explotado al respecto es el art. 8 CE antes citado. Ahora bien, este artículo es fruto, como lo fue su inmediato antecedente literal, el art. 37 de la LOE de 1967, de la recepción constitucional del paradigma realista de las Relaciones Internacionales, como el derecho constitucional internacional recogido en el texto de 1931 lo fue del paradigma liberal del *ius gentium pacis* (Mirkiné Guetzevitch).

Ahora bien, la idea matriz del paradigma realista es la idea del interés nacional que «debe hacer necesariamente alguna referencia a la entidad física, política y cultural que denominamos Nación... a la supervivencia como requisito mínimo... a proteger su identidad física, política y cultural... la supervivencia en su identidad es el mínimo irreductible» (Morgenthau). La soberanía es, así, la expresión de la propia identidad nacional y ello explica extremos tan diversos, como la misión de las Fuerzas Armadas o la articulación de la configuración de la Unión Europea como una comunidad de Estados soberanos cuya identidad se

garantiza sin perjuicio de ceder competencias a la Unión, o las aspiraciones nacionalistas a la soberanía sin independencia (Declaración de Barcelona) ni estatalidad (Propuesta Ibarretxe del 2002), que tanto escándalo suscita entre quienes siguen aferrados a un concepto obsoleto de la soberanía. La vieja fórmula de Laband adquiere nuevo sentido: La competencia sobre la propia competencia es la salvaguarda de la propia identidad.

Otro tanto ocurre con el derecho subjetivo, voluntad o interés, sobre los que Jellinek construyó la figura del derecho público subjetivo. Las relaciones jurídico-públicas se construyeron, así, sobre las propias del derecho privado cuando, precisamente en este campo, el propio derecho subjetivo entraba en crisis ante concepciones más objetivas y socializadoras.

Como antes quedó apuntado, esas voluntades o intereses individuales, por un lado se insertan en un «orden concreto colectivo» sin el cual carecen de posibilidad e, incluso de sentido, y, por otra, se objetivizan de manera que resultan, al margen de cualquier «posición de interés concreto», valores de suyo. De derechos subjetivos pasan a ser derechos colectivos e, incluso, bienes jurídicos.

También aquí, lo que resulta es una identidad colectiva: la de la comunidad identificada por una serie de bienes jurídicos, como es la lengua propia, o estructurada por la vigencia de determinados valores, como es la libre información en una sociedad democrática. La salvaguarda de la identidad o, mejor aún, de las identidades, sería así el criterio que permitiría evitar el vacío al que la postmodernidad parece abocada y que no deja de causarle horror.

La actualidad de este planteamiento viene avalada por las tesis mantenidas por von Bogdandy, Koriath y Pitchas, en el Congreso Anual de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público del 2002. Para todos ellos y desde diferentes perspectivas, la salvaguarda de la identidad y su articulación con otras identidades, es la meta de la Constitución, hoy día.

13. La fragmentación, característica de la postmodernidad ha diluido categorías otrora sólidas. No hay ya el único ordenamiento, de un solo Estado, integrado por ciudadanos, en su calidad de tales iguales ante la ley, asentados en un territorio homogéneo y cerrado, y caracterizado por una soberanía enteriza e inalienable. Ya vimos que los ordenamientos son múltiples, los ciudadanos hombres concretos y como tales desiguales y la soberanía compartible. Una fenomenología jurídica del territorio estatal muestra su calificación heterogénea

frente a la pretendida homogeneidad de los ámbitos competenciales. Pero la alternativa a la razón universal y omnicompreensiva de la modernidad, que en política y derecho produjo el Estado moderno y su derecho, no puede ser el puro vacío.

Tres son los caminos a través de los cuales la postmodernidad jurídico-política ha buscado el nuevo punto de anclaje identitario que legitimara sus construcciones y en los tres casos ha pretendido reconstruir un orden por comunión, capaz de legitimar el poder, asentar la concurrencia y explicar la convivencia.

Por una parte, la reivindicación del *demos* ciudadano, desde los contractualistas anglosajones a Habermas y los apóstoles del «patriotismo constitucional» que, paradójicamente, repiten el mito roussoniano como paradigma de racionalidad. A ello corresponde una concepción meramente formalista del derecho que fundamenta la unidad del sistema sobre la base de la soberanía de la Constitución, obra de un abstracto poder constituyente.

En otras ocasiones (*loc. cit.*, págs. 394 sigs.) he expuesto por qué, pese a su indudable brillantez, esta construcción me parece insuficiente. Sin factores prepolíticos de integración no se justifica la identidad de un *demos* frente a otros y es esa identidad la que hay que legitimar, porque sólo en un concreto *demos* el hombre es ciudadano. En todo caso, la vida política, de la que el derecho constitucional ha de ser instrumento útil, es un proceso permanente de integración que requiere elementos más vitales y cálidos que la mecánica coexistencia de esferas individuales de libertad. Requiere factores prepolíticos de homogeneidad y solidaridad que den cuenta de ese misterioso existencial humano consistente en un vivir-con-los-otros, tan concreto, que consista en vivir-con-unos-y-no-con-otros, y tan intenso, que sea un vivir-para-los-otros hasta el extremo de morir-por-los-otros.

Por esto, y ésta es la segunda vía, el comunitarismo ha buscado en las solidaridades sectoriales —raciales, lingüísticas, religiosas, de género, de conducta sexual, etc.— el orden por comunión que la vida política requiere. Pero tampoco este camino lleva a parte alguna al no ser, por definición, capaz de fundamentar la comunidad global que el Estado es y la solidaridad general que supone, antes bien, obturando la lealtad ciudadana al mismo y fraccionando la solidaridad entre todos sus miembros, al elevar sus diferencias al primer plano. Este sería, también, el modelo multiculturalista de sociedad.

La tercera es la identidad nacional, universal concreto en el que lo general se encarna en una habitud de lo particular y, en consecuencia, se hace real y permite encuadrar y dar un sentido a lo que también es propio de la postmodernidad: la rebelión de las masas. Una identidad históricamente decantada al hilo de la generalización de la libertad ciudadana. Una identidad que se enraíza en la historicidad de factores singulares, temporales y afectivos netamente prepolíticos y que deberían llamarse étnicos si este término no se hubiera convertido en impropio a fuerza de su insolvente utilización. Una identidad que reconoce su condición singular y, por lo tanto, la existencia de otras con las que puede articularse en diversas fórmulas. Una de ellas, el Estado plurinacional.

Pero, se objetará, ¿no es esto volver a la Nación moderna que, precisamente, la postmodernidad parece haber dejado atrás? La experiencia de cada día demuestra que nuestro tiempo es el de la proliferación de identidades nacionales que se recuperan y afirman por doquier. «La glorificación de las naciones» (Carrière d'Encausse) propia de nuestro tiempo impide considerar la conciencia nacional como un fenómeno del pasado. Las tendencias globalizadoras han dado, por formación reactiva, nueva fuerza a las reivindicaciones identitarias a fin de compensar, mediante la diferencia en la dimensión de la intensidad afectiva, la homogeneización en la dimensión extensiva. Pero si la versión moderna del hecho nacional, el principio de las nacionalidades, reivindicaba un Estado para cada Nación y hacía de aquél una empresa de poder, la postmodernidad puede apuntar hacia otra concepción de la Nación, como empresa de autoconciencia e identidad colectiva. De ahí que puedan compartir estructuras plurinacionales. Ésto es lo que la Constitución expresamente reconoce (art. 2) y, a mi juicio, debería servir de clave para su interpretación, a la altura del tiempo que viene. Si no, me temo que el tiempo inexorable discurrirá bajo lo que, volviendo a la metáfora orteguiana, cabría denominar «el arco de la ruina».

14. El *usus novus* que para todo ello propugno debe cultivar tanto la modestia como la imaginación. La primera, la modestia, a la hora de apreciar la herencia moderna y a la de emplearla. Para recibir con la reverencia debida, el legado dogmático de la modernidad y dialogar con él. Y también para usarlo como herramienta al servicio de las metas permanentes de la Constitución, la integración en libertad. Porque sus categorías se construyeron como tales útiles y no como fines en sí y aferrarse a ellas es desconocer su función meramente instrumental. Felices nuestros hijos —decía Duguit al culminar su ya citada obra— si saben librarse mejor que nosotros de los dogmas y de los prejuicios.

La segunda, la imaginación, porque cuando las categorías son insuficientes para dar cuenta de la cambiante realidad, es preciso atreverse a crear

otras nuevas. Pero cuando la realidad a explicar es una magnitud intensiva en el sentido kantiano del termino, tan cargada de afectos como la identidad colectiva, es preciso coincidir con el poeta y trascender hacia algo «más que la fría razón» para ser capaz de comprender (*El sueño de una noche de verano*, V,1.^a). Y sólo cuando se comprende el curso del torrente es posible encauzarlo.

