

# La Constitución en la encrucijada (*palingenesia iuris politici*)

DR. PABLO LUCAS VERDÚ\*

## SUMARIO:

- I. INTRODUCCION
- II. LA CONSTITUCION EN LA ENCRUCIJADA
- III. TEORIA PREPOSICIONAL DE LA CONSTITUCION
- IV. «TENER» Y «ESTAR» EN CONSTITUCION ANTE LA ENCRUCIJADA
- V. LA DOCTRINA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA ENCRUCIJADA
- VI. LA QUERRELLA ENTRE LA CIENCIA POLITICA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL SOBRE EL METODO PARA COMPRENDER LA CONSTITUCION
- VII. UNA NOVISIMA POSICION FRANCESA ANTE EL CONCEPTO Y FUNCION DE LA CONSTITUCION. LA NOCION JURISPRUDENCIAL DE LA MISMA
- VIII. PRESUPUESTOS IDEOLOGICOS Y CONDICIONAMIENTOS SOCIOECONOMICOS DE LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CONSTITUCION
- IX. CONSTITUCION Y POSTMODERNIDAD
- X. DERECHO CONSTITUCIONAL Y POSTMODERNIDAD
- XI. *PALINGENESIA IURIS POLITICI*

## I. INTRODUCCION

### 1.1. ¿Qué significa afirmar que la Constitución tropieza con una encrucijada?

Ante todo, la expresión encrucijada tiene varios significados, a saber: encontrarse al borde de un cruce de caminos: sentido topográfico; también quiere decir emboscada, asechanza, ocasión aprovechada para dañar a alguien: sentido de peligrosidad y, por otro lado, indica dilema: argumento alternativo.

En el meollo de la encrucijada late la disyunción, una especie de *aut aut* en términos filosóficos (Kierkegaard)<sup>1</sup>; entraña una elección entre esto o aquello. La elección es decisiva para la personalidad, y mediante la elección se profundiza en la cosa elegida<sup>2</sup>.

\* Discurso de recepción del académico de número a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la sesión de 7 de junio de 1994.

<sup>1</sup> Cfr. Kierkegaard, Soren: *Aut aut, Estetica ed Etica nella formazione della personalità*, a cura di Renzo Cantoni, 2da. Edición, trad. del danés de K.M. Guldbranssen y R. Kantoni, M.A., Denti Editore, Milano, 1946.

<sup>2</sup> Kierkegaard: op. cit., p. 46.

El *aut-aut*, intrínseco a la encrucijada, adquiere sentido de peligrosidad. Esto lo evidencian los términos mencionados de asechanza, emboscada, ocasión para perjudicar a otro. El riesgo es evidente: ¿qué camino debemos elegir para no estrellarnos? También expresa una estimación: ¿cuál es el sendero justo?

En la medida que el rasgo de todo pensamiento político es su peligrosidad, como indiqué en otra ocasión<sup>3</sup>, y toda Constitución recoge entre sus normas e instituciones contenidos políticos, la disyunción Ciencia Política/Derecho constitucional brota diáfananamente. Es el dilema que intentaremos resolver.

Respecto al término *PALINGENESIA*, como es sabido, procede de la mitología griega. Es el ave Fénix, pájaro fabuloso que después de vivir quinientos años construía un nido para morir. De su cadáver, ya descompuesto, surgía otro pájaro lleno de vida, volvía a morir y así sucesivamente. Este mito lo aplicaremos, al final, al Derecho político y a su resurrección de sus cenizas.

Fénix, en otra acepción, significa exquisito, único en su especie y persona ilustre (Lope de Vega). El Derecho político se asemeja al mito recordado. Es menester recuperarlo integrando, adecuadamente, la dogmática constitucional con la consideración ponderada de los datos socio-políticos. Abogo por la resurrección de un término ilustre, estético, tradicional en nuestra patria, por la *palingenesia iuris politici*.

La Constitución topa, teórica y prácticamente, con un cruce de caminos:

- a) Un sendero que denomino *sustancialista*, o *esencialista*, con precedentes historicistas y sociológicos.

Así, en la *línea historicista*, encontramos a Burke y a los contrarrevolucionarios De Maistre, De Bonald y sus epígonos germanos. En la sociológica, al socialdemócrata Ferdinand Lasalle<sup>4</sup> con influjos en Jellinek y en el amigo de este último Max Weber<sup>5</sup>. En nuestros días motivado por la Ciencia política norteamericana, Karl Loewenstein<sup>6</sup> con su conocida clasificación «ontológica» de las Constituciones<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. Lucas Verdú, Pablo: «Concepto y caracteres del pensamiento político (inquietudes e incertidumbres del pensamiento político actual)», en Homenaje a J.A. Maravall (1911-1986), Consell Valencià de Cultura, Valencia, 1988, p. 167 y ss.

<sup>4</sup> Advirtamos que el título exacto de su famosa disertación es éste: *Über Verfassungswesen*. El traductor español, Wenceslao Roces, prefirió el interrogante: *¿Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1957. La pregunta, que en 1862 planteó a una agrupación ciudadana, aparece casi al inicio de su conferencia que luego reitera añadiendo: *¿En qué consiste la verdadera esencia de una Constitución?*, p. 10. Probablemente el profesor Roces eligió este título por ser más significativo y publicitario. Huelga decir que por esencia de una Constitución se entiende la relativización de ésta a lo que denomina factores reales de poder. En consecuencia, emprendió un camino sociopolítico.

<sup>5</sup> Weber, Max: *Economía y Sociedad I. Teoría de la organización social* (traducción y nota preliminar de José Medina Echevarría), Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 51, donde cita a Lassalle.

<sup>6</sup> Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución* (traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), Editorial Ariel, Barcelona, 2da. Edición, 1976.

<sup>7</sup> Loewenstein: op. cit., p. 206 y ss. El autor entrecomilla el término «ontológica» y explica que para «...evitar la palabra «existencial», tan de moda, este nuevo análisis se llamará ontológico». No aclara si la expresión «ontológica» cuadra con las líneas esencialistas, sustancialistas de la ontología en su relación con la metafísica o discurso sobre el ser de la Constitución. En cambio, el filósofo del Derecho austriaco René Marcic en su interesante obra *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien Springer Verlag, 1963, p. 1 y ss., estudia la Constitución en su significado ontológico.

b) Otra vía es la positivista, con variantes que llegan a la actualidad. El *positivismo* constitucional se aferra a los textos vigentes productos de la voluntad general (Carré de Malberg) de sustancializando la Constitución (*positivismo voluntarista*) o bien se recurre a la sociología positivista de Comte, Spencer, Durkheim en el caso de León Duguit que considera a la regla jurídica como expresión de la solidaridad.

Lugar importante ocupa el positivismo normativista, o teoría pura del Derecho, del maestro Kelsen que la desarrolla con coherencia lógica admirable con sus discípulos, de la escuela de Viena, si exceptuamos las referencias, importantes, al Derecho natural de Alfred von Verdross.

c) Hay que mencionar, también, a los autores que sustentan la Teoría de la Constitución como Carl Schmitt, pues distingue entre Constitución y leyes constitucionales en su famosa obra cuya lectura debe ser cuidadosa y ponderada por su peligrosidad. Me refiero al decisionismo y a su concepto de lo político, contraposición existencial entre amigo/enemigo sobradamente conocidos.

d) Por último, la concepción sustancialista-esencialista de la Constitución se replantea aunque con contenidos y objetivos diferentes al historicismo contrarrevolucionario.

En esta dirección hay que recordar a Rudolf Smend y a su teoría de la integración del Estado. Para él la Constitución es el resultado de la transcripción de los procesos integradores personal, funcional y real. No hay que olvidar su referencia a los valores que inspiran a los derechos fundamentales. Sus discípulos alemanes G. Holstein y A. Hensel, su devoto alumno, el chino Hsü Dau-Lin y, además, el círculo de Zurich (Schindler, Kaegi, Haug) desarrollaron su pensamiento.

En España, el profesor Llorens antes de la Guerra Civil; en nuestros días el académico Herrero de Miñón y el autor de este discurso hemos aprovechado parte de sus sugerencias.<sup>8</sup>

En Italia, Costantino Mortati, egregio maestro, escribió una memorable monografía sobre la Constitución en sentido material que suscitó gran interés en su país. En diversas ocasiones habla de la Constitución sustancial, equivalente a la Constitución en sentido material, basada en una o varias fuerzas políticas que apuntan a una finalidad.

Termino esta, tal vez tediosa enumeración de tendencias, subrayando que corroboran cómo cada una de ellas se encontró ante diversas encrucijadas. Tuvieron que optar por una vía determinada, aunque en algunas cabe rastrear contenidos correspondientes a otras opciones. En definitiva, me gusta parafrasear la conocida frase de Fichte así: el concepto de Constitución que se mantiene depende del tipo humano que la estudia y de su circunstancia encrucijada o como mucho antes dijo Jacques Cujas

---

<sup>8</sup> Cfr. El excelente estudio de Miguel Herrero de Miñón: *Idea de los derechos históricos*, Austral, Espasa Calpe, Madrid, 1991. Es el discurso del autor con motivo de su ingreso en esta Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

(1522-1590): *Jurisprudentia habitus animi (De ratione docendi iuris oratio*, Opera, ed. Trato, 1840, vol. VIII, cap. 7).

## 1.2. ¿Por qué es necesaria una *palingenesia iuris politici*?

La contestación me parece obvia: dado que se ha producido, y acentuado, una progresiva y exagerada desustancialización del concepto y contenido de la Constitución<sup>9</sup> y, en consecuencia, una formalización excesiva de los mismos, urge restituirle la legitimación axiológica, la incidencia ideológica, el condicionamiento socioeconómico correspondiente. Son, como veremos, el *plus* añadido para comprenderla

Ello implica, necesariamente, una adecuada síntesis, insistamos, entre los análisis científicos-políticos y el estudio dogmático-jurídico. Ciertamente son métodos distintos pero configuran una unidad sistemática como sostuvo el maestro Jellinek<sup>10</sup>.

## II. LA CONSTITUCION EN LA ENCRUCIJADA

### 2.1. El dilema de la Constitución en el plano conceptual. Dos textos clásicos

En 1925 el egregio Max Weber<sup>11</sup> escribía que al hablar de Derecho, de orden jurídico y de preceptos jurídicos, era menester distinguir, rigurosamente entre su consideración jurídica y sociológica. Mientras la primera se interroga lo que idealmente vale como derecho, es decir, «...*qué significación o, lo que es lo mismo, qué sentido normativo, lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica*», la segunda «...*se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquéllos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido uno determinado y orienten por él su conducta práctica*».

<sup>9</sup> Cfr. Lucas Verdú, Pablo: «La Constitución como norma y como integración política», en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994 p. 9 y ss.

<sup>10</sup> G. Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, traducción de Christian Forster, revisada por Pablo Lucas Verdú: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 3: «El curso de esa investigación se mueve en los linderos entre el Derecho Constitucional y la política. Siempre he sostenido la separación metódica y la unión científica de ambas disciplinas. Hoy, sin embargo, cuando el Derecho Constitucional ha experimentado en Alemania una configuración jurídica tan rica, se plantea, cada vez más, la exigencia de investigaciones políticas complementarias y avanzadas, como se explica más detalladamente en el texto.» Para un sector importante del *establishment* jurídico mi posición es heterodoxa. No importa, como sostuve hace dos años, al comentar el trabajo mencionado del académico Herrero de Miñón. La heterodoxia de antaño puede convertirse en lo contrario con el tiempo y la ortodoxia posterior en heterodoxia. «Una contribución capital para «aprehender» el significado de la Disposición Adicional Primera de la Constitución» en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 75, Madrid, 1992, p. 229. Sobre el carácter excluyente, en definitiva fundamentalista de la ortodoxia, cfr. Jean Grenier: *Essai sur l'esprit d'orthodoxie*, Gallimard, 1938, reedición 1967, p. 15 y ss.

<sup>11</sup> Weber, Max: op. cit. volumen II, p. 302.

En este texto weberiano se plantea la distinción entre la preocupación fundamental de la dogmática jurídica y lo que atañe a la ciencia política. Según esto los métodos para su correspondiente estudio son distintos pero esto no significa que sean contrapuestos, insolidarios, desde el principio cabe, pues, una armonización entre ellos sin perjuicio de la singularidad de cada uno.

La cuestión la afrontó con la claridad y sugestividad que le caracterizó el maestro Hauriou<sup>12</sup> en 1929. Examinaremos, seguidamente, la cuestión desde el enfoque jurídico-político.

Para el maestro de Toulouse la *Constitución social* de un país es más importante que su *Constitución política*. Puesto que en Francia existe un sentimiento más claro de la existencia corporativa del Estado que en los países anglosajones, se considera a la Constitución política como un estatuto del Estado de suerte que hay que admitir que esa Constitución política es esencial para la garantía de la libertades individuales, bases de la Constitución social.

De lo anterior infiere la necesidad del *control de constitucionalidad de las leyes* que recuerda al órgano más potente del Estado, al Parlamento, su dependencia de las bases de la sociedad privada. En consecuencia, no habrá seguridad para la Constitución social mientras no se establezca aquella garantía.

En efecto, aunque la Constitución social es más importante que la Constitución política, el poder político depende de esta última por medio de la ley. Por otro lado, las protecciones y las garantías se convierten, fácilmente, en medios de opresión, además el monopolio jurídico del Estado condiciona que la Constitución social dependa del poder político y, por eso, es menester que los derechos individuales sean reconocidos y organizados por la ley como instituciones jurídicas. Esto entraña que tales derechos son a la vez derechos subjetivos e instituciones jurídicas objetivas. Así, la base de una Constitución se encuentra en las instituciones de manera que aquella es una organización de las instituciones.

Las posiciones de Weber y de Hauriou plantean el dilema jurídico de la Constitución. O seguimos el método jurídico o emprendemos la vía sociológica (Weber). En la tesis de Hauriou la primacía corresponde a la Constitución social y no a la Constitución política. Ahora bien, la dicotomía del teórico de la institución es confusa en la terminología que adopta en la medida que la adjetivación política es una especie particularizada de lo social. En efecto, puesto que invoca el examen de constitucionalidad de las leyes y sostiene que la Constitución política es el estatuto (expresión jurídica del Estado) se deduce que la disyunción del maestro francés sería: Constitución social/Constitución jurídica. Las libertades individuales tienen raíces sociales y son reconocidas y garantizadas por la Constitución política, *rectius* jurídica en cuanto estatuto del Estado. Los derechos subjetivos se complementan con las instituciones jurídicas objetivas, bases de la Constitución.

---

<sup>12</sup> Hauriou, Maurice: *Précis de Droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1929, p. 611 y ss.

Ciertamente Hauriou ante la encrucijada de la Constitución ¿social o jurídica?, responde armonizando la Constitución social y la política (jurídica) con lo cual el dilema se diluye.

## 2.2. Diversas clases de encrucijada

Hemos recogido dos textos clásicos sobre el dilema de la Constitución en cuanto concepto. No es suficiente pues urge profundizar en la cuestión. Veamos.

En efecto, cuando decimos que la Constitución, su concepto, función y finalidad tropiezan con una encrucijada, esta última puede entenderse conforme a esos supuestos: conceptual o real, con implicaciones recíprocas.

Comenzaremos examinando el *aut-aut*, o dilema, de la constitución *en el plano conceptual*.

### a) *La encrucijada como decisión irrevocable*

Quiero decir que los constitucionalistas y los politólogos cuando examinan el concepto de Constitución tienen que *elegir y decidir*. O emprenden, decididamente, el camino normativo-jurídico o, por el contrario, se introducen en el sendero científico-político. Se trata de una elección *irrevocable*, o sea, de una *decisión existencial* al modo schmittiano preconizada por Lassalle<sup>13</sup>.

En este sentido, juristas y politólogos se observan con recíproco desdén; ambos se reprobaban por inmiscuirse *in munere alieno*.

En el fondo, extremando su contraposición, parecen reproducir la disyunción schmittiana amigo/enemigo, debatiendo sobre el terreno a conquistar: la Constitución.

### b) *La encrucijada como absorción*

En este caso la encrucijada no se plantea en tanto que la ciencia política y la ciencia jurídica tienen el mismo objeto: el estudio de la Constitución vigente de modo que tienden a identificarse. Como señala Bruni Roccia<sup>14</sup>, durante la primera mitad del siglo pasado toda consideración de la sociedad fue absorbida por el Estado en su concepción normativa.

El autor italiano ve que en el fondo de esta posición yacía una visión ideológica, y, además, la elevada conciencia de la tarea de los iuspublicistas en este campo.

Me parece innecesario apuntar que esta postura es errónea; al menos desde nuestra perspectiva presente. Cabe explicarla, como señaló Bruni Roccia, por la autosatis-

---

<sup>13</sup> Recordemos las tribulaciones de Gaetano Mosca para acceder a la cátedra de Derecho constitucional que al fin consiguió. Las sucesivas comisiones que le juzgaron reconocieron su valiosa aportación a la Ciencia Política, disciplina entonces no recogida en la Universidad, pero no era posible que desempeñase una cátedra de Derecho constitucional.

<sup>14</sup> Roccia, Giulio Bruni: *La scienza politica nella società in trasformazione. Modelli e archetipi*, Giuffrè Milano, 1970, p. 99.

facción de los publicistas de entonces y, además, porque los estudios de una ciencia política sustantiva eran entonces más bien irrelevantes. No así los de sociología. Interesa, no obstante, decir que en nuestros días se ha reproducido la arrogancia de los llamados neoconstitucionalistas.

c) *La encrucijada como dualismo*

Correspondió a Jellinek con su teoría de las dos facetas (*Zweiseitentheorie*) del Estado: Teoría general social del Estado (*Allgemeine soziallehre des Staates*) y doctrina general del Derecho político (*Allgemeine Staatsrechtslehre*).

A su juicio, es un error funesto sostener que la única explicación exacta del Estado es la sociológica, la histórica, la política, la no jurídica; o la opinión contraria, a saber: sólo el jurista puede descifrar, mediante sus métodos, los enigmas enlazados con la vida estatal. Para investigar con fruto el problema jurídico del Estado es del mayor interés conocer el enlace de la doctrina jurídica del mismo con la política.

Hace tres años en el estudio preliminar de la monografía del maestro de Heidelberg<sup>15</sup> escribí que «...estamos ante un dualismo metodológico que rechazará Kelsen de modo que dos neokantianos mantendrán dos puntos de vista contrarios. Mientras que el neokantiano Jellinek sostiene una teoría dualista, el neokantiano Kelsen defenderá una doctrina monista. En tanto que el primero no es riguroso con su dirección metódica puesto que yuxtapone criterios jurídicos con sociológicos, el segundo evaporará al Estado merced a su *mathesis* lógico-trascendental. Jellinek superpone la doctrina sociológica y la doctrina jurídica del estado según una línea no siempre coherente, Kelsen sustituirá la doctrina general del Estado por la Teoría general del Derecho».

A pesar de las incongruencias en que incurren ambos maestros, Jellinek sostuvo el dualismo *sociológico científico-político* y Kelsen el *monismo jurídico*. Por lo tanto, la encrucijada que examinamos cobra sentido contrapuesto, dilemático.

Recientemente Ackerman<sup>16</sup>, profesor de Derecho y Ciencia Política en la Universidad de Yale, ha examinado el asunto desde una perspectiva típica de los profesores de aquella latitud. A su entender, para descubrir la Constitución de 1787 no es menester recurrir a las doctrinas europeas, Aristóteles, Cicerón, Montesquieu, Locke, Harrington, Hume, Kant ni Weber nos dan la llave para entenderla. Es cierto que se debe mucho a aquellos pensadores, pero los norteamericanos han elaborado un modelo genuino de pensamiento y práctica constitucionales<sup>17</sup>.

El profesor Ackerman<sup>18</sup> sostiene que en el presente la Constitución norteamericana puede considerarse como producto de tres importantes esfuerzos: el de los fundadores

<sup>15</sup> Jellinek, Georg *Reforma y mutación de la constitución*, Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú (traducción Christian Forster, revisada por Pablo Lucas Verdú) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. XLIV.

<sup>16</sup> Ackerman, Bruce: *We the people vol. I Foundations*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, London, England, 1991.

<sup>17</sup> Ackerman, Bruce: cit., p. 3.

<sup>18</sup> Ackerman, Bruce: cit.

del federalismo en 1787; la reconstrucción republicana en 1869, y el *New Deal* de los demócratas en los años 30. El autor examina el papel que jugaron en cada uno de estos períodos el Congreso, la Presidencia y el Tribunal Supremo. Cada uno de estos marcó, significativamente, el desarrollo del Derecho constitucional de los Estados Unidos.

Los norteamericanos elaboraron un tipo de democracia diferente al predominante en Europa. Se trata de una *democracia dualista* que se caracteriza por el esfuerzo continuo que diferencia dos clases de política, a saber la *normal politics*, en la cual los grupos de intereses organizados intentan influir democráticamente mediante los representantes elegidos, y la *constitutional politics*, en la que la masa de los ciudadanos se moviliza para debatir principios fundamentales. Aunque la historia norteamericana aparece dominada por la *normal politics*, su tradición concede un alto valor a los esfuerzos que se mueven para obtener el consentimiento del pueblo a los nuevos principios para gobernar. En una democracia dualista, los raros triunfos de la *constitutional politics* determinan el curso de la *normal politics*.

#### d) *La encrucijada como decisión unidimensional*

También en el plano conceptual, pero con efectos prácticos evidentes, el dilema constitucional se presenta como opción unidimensional de carácter sociopolítico cuando se afirma que la noción de Constitución se obtiene descubriendo la única gran causa que explica el fenómeno constitucional. Por ejemplo, los factores reales de poder (Lassalle) de suerte que la Constitución, en cuanto *hoja de papel*, es un epifenómeno constitucional.

En sentido contrapuesto, los neoconstitucionalistas o neopositivistas franceses y españoles, sostienen que el concepto de Constitución se logra, exclusivamente, considerándola como un texto jurídico que es menester interpretar y aplicar mediante las técnicas de la dogmática y en particular jurisprudenciales: noción jurisprudencial de la Constitución.

Estamos ante una disyunción no sólo académica, además práctica. Esta disputa se agudiza en tanto que conduce a los imperialismos contrarios: el concepto de Constitución la establecen los politólogos *versus* la noción de constitución que corresponde a los juristas. En definitiva dos posiciones unidimensionales que desdeñan la intercorrespondencia entre la dimensión política y la jurídica.

La encrucijada constitucional se reproduce en el *plano de la realidad*. Veamos.

–La encrucijada en el desarrollo del constitucionalismo

Ante todo aparece *en el ámbito del desarrollo histórico del constitucionalismo*. Calise<sup>19</sup> se refiere a la divisoria entre la Constitución oral y la escrita. A su entender la idea que la más antigua e influyente de las Constituciones –alude a la inglesa– haya prescindido de un texto único escrito suscita perplejidades sobre la oportunidad de adoptar la presencia, o no, de la escritura como criterio-guía.

<sup>19</sup> Calise, Mauro: «*Il governo di partito in prospettiva costituzionale*», en la obra dirigida por dicho autor: *Come cambiano y partiti*, Società Editrice, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 188 y ss.

Esto lleva a la distinción entre Constitución formal, legal y Constitución material y de consuno a la diferencia germana entre *Konstitution* y *Verfassung*<sup>20</sup>.

Aún dentro del texto constitucional la distinción entre flexibilidad y rigidez constitucionales implica no sólo cuestiones de índole técnico-jurídica, también contenidos sociopolíticos y lo mismo sucede respecto a la naturaleza y operación del poder constituyente<sup>21</sup>.

–La encrucijada como incongruencia entre la norma constitucional y la realidad constitucional

Aquí topamos con la *vexata quaestio de la efectividad de las normas jurídicas y en particular de las constitucionales*. Ello produce varias consecuencias no todas perversas. En primer lugar, la dinámica constitucional se adelanta y suple la obsolescencia de la preceptiva constitucional de manera que las mutaciones constitucionales sustituyen a la reforma constitucional, unas veces de modo legítimo y otras de manera ilícita (quebrantamiento y falseamiento constitucionales). Fenómeno perenne en la marcha del constitucionalismo occidental. La doctrina, desde Jellinek hasta nuestros días, se ocupó de este asunto. Como he estudiado en diversas ocasiones este fenómeno, tan atrayente, ahorro al lector su exposición y mis contribuciones.

La incongruencia entre la normatividad constitucional y la realidad constitucional, replantea la cuestión parajurídica, pero con importantes consecuencias, de la adhesión moral de los ciudadanos a la Constitución, es decir, *del sentimiento y de la sensibilidad constitucionales*. Cuando faltan es evidente que la incongruencia mencionada se agrava.

–La encrucijada constitucional y la postmodernidad

Nunca me cansaré de señalar que el Derecho constitucional nunca ha sido ajeno a la repercusión de ideas y en particular de movimientos culturales filosóficos, morales, sociológicos y políticos que una vez logran relevancia en sus correspondientes territorios, tarde o temprano, influyen en el campo constitucional.

Así, pues, cuando tratemos la conexión Constitución y postmodernidad aclararemos la cuestión.

El positivismo, irracionalismo, la fenomenología, el existencialismo, el estructuralismo, el nuevo nihilismo con sus representantes más conspicuos, inciden en la doctrina constitucional provocando una desencionalización y desconstrucción de diversos tópicos considerados sacros en el sistema establecido por la dogmática jurídica.

<sup>20</sup> Es una distinción que me preocupa hace tiempo y considero interesante.

<sup>21</sup> Cfr. De Vega, Pedro: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, passim; Carlos De Cabo Martín: *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional, vol. II, Estado y Derecho en la transición al capitalismo y su evolución: desarrollo constitucional*, PPU, Barcelona, 1993, p.185: *El criterio del origen democrático* de la constitución hace referencia a la existencia y caracteres de un poder constituyente, el poder democrático de donde procede la Constitución, lo que añade la particularidad de que si bien la Constitución no sólo es Derecho sino el origen, fundamento de todo el ordenamiento jurídico, ella misma no tiene una fuente jurídica sino política, no procede de «un Derecho» sino de un «Poder».

-La encrucijada como integración

El *aut-aut* suscitado sea como decisión irrevocable; como absorción; como dualismo; manifiesto en el desarrollo del constitucionalismo; como incongruencia entre la norma y la realidad constitucionales y, por último, como desafío de la postmodernidad, urgen la necesidad de una síntesis en cuanto armonía, en cuanto *complexio oppositores*, entre los datos jurídico-normativos y los políticos-sociales. Forzoso es referirse aquí a la posición que hace tiempo adopté apoyándome en la teoría de la integración de Rudolf Smend, y de sus discípulos, que ha encontrado eco reciente en diversos estudios del académico Herrero de Miñón.

Por último, hay que referirse a los *negadores de la encrucijada constitucional* que acabamos de exponer. Quienes mantienen una especie de *imperialismo académico* es lógico que no admitan que exista una alternativa válida a sus argumentaciones ni siquiera como hipótesis. Estamos ante una ceguera incomprensible y tal vez, ante una vanagloria unidimensional inadmisibile.

### III. TEORIA PREPOSICIONAL DE LA CONSTITUCION

#### 3.1. Concepto «de» «sobre» y «en» la Constitución y encrucijada Constitucional

Hace tiempo que escribí sobre este asunto. Como no me gusta incurrir en repeticiones me remito a varios trabajos<sup>22</sup>. Aquí lo que interesa es comprobar la conexión entre esas preposiciones con el dilema constitucional.

Existe una *communis opinio* respecto a lo que es una Constitución. En cualquier tratado, manual o escrito de Derecho constitucional, se encuentra una definición de la misma.

Cierto que de esas nociones se trasluce, directa o indirectamente, la posición metodológica de sus autores: positivista en sus diversas manifestaciones: positivismo clásico; formalista kelseniano; sociológico (Duguit; «existencialista» (Schmitt); neopositivista de los neoconstitucionalistas franceses; sustancialista (parcialmente en Heller); integrador en Smend; Constitución en sentido material o sustancial (Mortati) y en algunos autores españoles entre los que me sitúo.

Pero aquí, cuando hablamos del concepto de Constitución, nos referimos a su consideración formal, a su alcance convencional y didáctico de modo que prescindiendo de sus connotaciones y condicionamientos metodológicos (filosóficos, sociopolíticos y culturales), nos ofrece un punto de partida útil sobre todo para quienes se inician en el estudio del Derecho constitucional. Así pues, el concepto de Constitución es un presupuesto, presenta carácter *preposicional*: mediante la preposición *de* se pretende explicar qué es una Constitución. Resulta, según añadiremos, que ese

<sup>22</sup> Cfr. Lucas Verdú, Pablo: «El concepto de Constitución en la Constitución (Reflexiones sobre la autoconciencia constitucional española. Función y fin de la constitución)», en *Estado e Direito*, núms. 5-6, Lisboa, 1990, p. 7 y ss.

presupuesto gramatical no es suficiente para captar el sentido plenario de la Constitución pues es imprescindible añadir los datos que se obtienen cuando la enfocamos desde la perspectiva de otras preposiciones: *sobre* y *en*: Concepto sobre la Constitución y concepto de la Constitución en la Constitución. Por eso, podríamos denominarla, en cuanto conclusión de las argumentaciones correspondientes respecto al concepto *de, sobre y en* la Constitución, *teoría preposicional de la Constitución*.

Insisto en que no se trata de un simple examen gramatical de la Constitución, especie de análisis exegético de la misma, puesto que cada una de estas preposiciones le atribuye un contenido expresivo, significativo, que creo sirve, eficazmente, para comprenderla.

Si nos limitamos a analizar el concepto de Constitución resulta que nos introducimos en un camino cerrado. ¿Por qué? Por la sencilla razón que el concepto de Constitución exige añadir algo importante, a saber: un *plus* constitucional. ¿Qué significa esto? Quiero decir que el concepto de Constitución es insuficiente, a pesar de su alcance didáctico, fácil de retener. Aquí podemos aplicar las palabras de Hamlet, príncipe de Dinamarca, cuando advertía a su amigo Horacio. El inmortal inglés pone en labios del príncipe: «Ello es Horacio, que en el cielo y la tierra hay algo más de lo que puede soñar tu filosofía<sup>23</sup>».

### 3.2. El concepto «sobre» la Constitución en cuanto condicionante constitucional

Hemos señalado que para *aprehender* lo que significa y en el fondo *entraña* una Constitución, es menester contar con un *plus*.

Este *plus* se compone de tres elementos: *una inspiración y/o influjo valorativo*, a saber: valores que legitiman nuestra Ley Fundamental: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (Art. 1.1 de la CE). A estos valores hay que añadir la dignidad de la persona humana (Art. 10, 1 de la CE). Aunque el texto español tomado del artículo 1º de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, habla de la dignidad de la persona se da entre estos documentos constitucionales una significativa diferencia, es ésta: la Ley Fundamental alemana dice dignidad humana *menschliche Würde*; en cambio el precepto español antepone persona.

Preferimos la decisión constituyente germana porque a nuestro entender también el *nasciturus* posee dignidad en cuanto creación humana que es menester respetar y proteger. Aquí hay una opción credencial cristiana que como creyente me interesa subrayar.

A mi juicio, la dignidad humana es un valor. Aún más, es la norma fundamental (*Grundnorm*) de nuestro ordenamiento constitucional. Este *plus* preconstitucional, legítimo, exige su reconocimiento en la medida que todo derecho está constituido por causa del hombre y en este sentido vivifica, alienta la vigencia de todo Derecho constitucional positivo si quiere estar en el nivel altísimo de la *imago hominis*. Mientras

<sup>23</sup> Shakespeare, William: *Hamlet, príncipe de Dinamarca*, escena XIII, acto primero.

que para Kelsen y su escuela, salvo excepciones (Verdross), la *Grundnorm* es una hipótesis, luego una ficción cuando honestamente reconoce su error, una norma vacía de contenido; para quien esto escribe, la dignidad humana es un contenido esencial de todo derecho y en especial de los derechos fundamentales<sup>24</sup>, en la medida que el *plus* que conlleva es además un *prius* lógico, ontológico y deontológico de todo el derecho.

Por otro lado, en cuanto *plus* que *incide* sobre la Constitución aparece una *ideología que la califica*.

Así una Constitución se adjetiva como liberal, demoliberal, socialista, comunista, fascista, etc. La incidencia ideológica hace que las normas constitucionales se diferencien de las ordinarias porque estas últimas registran un impacto ideológico mucho menos intenso si es que lo tienen.

Además, las normas constitucionales pretenden una función transformadora de la *estructura social*. Así, la estructura social es otro *plus* confirmador de las mismas. En este orden de cosas, mi amigo Félix Ermacora<sup>25</sup>, antiguo rector de la Universidad de Viena, sostiene que la Constitución es una cantidad cualitativa de la fuerza en tanto que transforma la potencia social en poder estatal. Así, la Constitución es una medida reguladora de los movimientos sociales. Ciertamente sus normas no son capaces de cambiar por completo las fuerzas sociales puesto que éstas son dominadas por leyes distintas, sólo pueden influirlas del modo análogo a cómo sobre la fuerza de la gravedad inciden los efectos de otras fuerzas. En este sentido, la Constitución puede sujetar las fuerzas sociales puesto que según Hegel (*Logik II, pág. 59*) «es algo vivo, en la medida que entraña la contradicción, y verdaderamente esta fuerza sirve para captar y resistir la contradicción».

Ermacora recoge la referencia que la doctrina suiza (Schindler, Martí y otros) hace a las conexiones de la Constitución con lo extrajurídico y lo infrajurídico (a mi juicio más bien sería lo extra-normativo y sub-normativo).

La Constitución conecta con sus orígenes *Urbildern*. La Constitución, en cuanto expresión de un modelo originario, refleja arquetipos patrimoniales o maternos. Añadamos, a lo expuesto por el profesor austríaco, la tesis desarrollada por Schindler del *ambiance* como réplica dialéctica a la normatividad.

La capacidad constitucional de transformar la sociedad la recogen los artículos 3.2 de la Constitución italiana y el 9.2 de la nuestra como es harto sabido. El problema versa, concretamente, sobre los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III, Título I de la CE, y radica en el logro efectivo de dicha transformación socioeconómica. Sobre esto ahora no nos detendremos.

<sup>24</sup> Cfr. la tesis doctoral de Magdalena Lorenzo Rodríguez: «Contribución al estudio del contenido esencial de los derechos fundamentales», de próxima publicación.

<sup>25</sup> Ermacora, Félix: *Allgemeine Staa slebre, Vom Nationalstaat zum Weltstaat*, vol. I, p. 335-337.

Por último, y en cuanto caso singular de nuestro ordenamiento constitucional, hay que recordar la *penetración historicista* en aquél en virtud de la disposición adicional primera de la CE.

Me parece que es innegable que el concepto *sobre* la Constitución *condiciona* el contenido, función y finalidad de aquella pero no la *determina*. Diferencia significativa que conviene subrayar y que no requiere mayores explicaciones.

### 3.3. El concepto de Constitución en la Constitución

Como ya expliqué en otras ocasiones aquí se trata de aclarar cuál es la autoconciencia que tiene la Constitución Española. ¿Cómo precisarla? Veamos. Si examinamos, con cierto cuidado, su Título Preliminar y en particular el precepto 9,1 (supremacía de la constitución) en concordancia con el Título X de la reforma constitucional, podemos extraer, sin dificultad, cuál es la conciencia y en definitiva la noción que nuestro texto básico tiene de sí mismo.

Añadamos el artículo 3.2 de nuestro Código Civil, materialmente constitucional respecto a la interpretación y aplicación de las normas, las discusiones de la Constituyente, y, por supuesto, las principales decisiones del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Carta Magna. Aunque no es auténtica fuente jurídica, sólo lo es *extra ordinem*, también la doctrina científica sirve para establecer el concepto de Constitución en la Constitución.

Mientras el concepto *de* Constitución y el de Constitución *en* la Constitución coinciden en tanto que se mueven en el plano técnico-jurídico, en la dogmática jurídica, el concepto sobre la Constitución versa sobre magnitudes extranormativas, fuera de la concepción convencional del Derecho constitucional. No obstante, es imprescindible para captar su contenido, sentido, función y finalidad.

Quiero decir que es necesario aprehender tales elementos; es preciso tenerlos presentes. Así también frente al *positivismo templado* (Anschütz y Thoma), y el neopositivismo jurisprudencial, la idea sobre la Constitución completa, complementa, vivificándolos, integrándolos, aquellos elementos, la consideración entera y adecuada de la Carta Fundamental.

El concepto *sobre* la Constitución muestra cierta *vis atractiva*. Es decir, atrae a los otros dos sin pretender sustituirlos o suprimirlos. Los atrae a su seno *ab imis* (poder constituyente); los fundamenta (Constitución sustancial); legitima (valores constitucionales); los identifica y califica (incidencia ideológica); incorpora magnitudes preconstitucionales (Corona, según Herrero de Miñón); y derechos históricos.

No es una visión *heterodoxa ni fundamentalista* que tergiversa, con intenciones partidistas, la realidad. Los unilateralismo y *panismos*; pannormativismo, pansociologismo, panpoliticismo suscitan sus contrarios y, por ello, deforman la realidad constitucional: unos llevan al desprecio de la norma (anomia), otros a una relativización excesiva. Algunos de ellos expresan una reacción natural a los excesos positivistas. Sitúa a la Constitución ante graves encrucijadas produciendo nuevos excesos: frente

al desafío sociologizante y/o, politizante más normativismo vacío de contenido. El *plus* de la Constitución se sustituye por la glorificación de la norma y del método jurídico excluyente que la examina y aplica. Estamos ante una fuga hacia delante pues al criticar lo que consideran heterodoxia se convierte en una superortodoxia, que en el fondo no está convencida de sus fundamentos, de modo que es la *nueva heterodoxia* triunfante por creer que ha vencido a sus enemigos.

La doctrina triple preposicional de la Constitución puede evitar esos excesos. Hace tiempo establecí el concepto de *fórmula política de la Constitución*, su quintaesencia. Dicha fórmula es la expresión ideológica, jurídicamente organizada en una estructura social. Después, al reflexionar sobre ella, hace escasos años, considero que hay que completarla así: la fórmula política de una Constitución es una *expresión ideológica, inspirada en valores, jurídicamente organizada en una estructura social*.

#### IV. «TENER» Y «ESTAR» EN CONSTITUCION ANTE LA ENCRUCIJADA

##### 4.1. ¿Toda Constitución corresponde puntualmente a las circunstancias histórico-sociales de su tiempo?

La respuesta a esta interrogación requiere algunas precisiones. Intentaremos aclararlo.

Ante todo las Constituciones predominantemente consuetudinarias, como la británica, se acomodan a los cambios histórico-sociales con suma facilidad, por la sencilla razón que el constitucionalismo isleño se identifica con su desarrollo histórico. Los caminos constitucionales siempre se hicieron con ponderación sin romper, drásticamente, con el pasado. Así, la Constitución inglesa es una vividura, como un manso río que se pliega a las nuevas realidades manteniendo el legado tradicional por lo menos en su dimensión simbólica. La Corona, el Parlamento, el Rey con sus cámaras, los partidos políticos, han cambiado con el tiempo sin destruir los cimientos. Se ha construido prudentemente sobre ellos. Como es sabido las obras clásicas de Bagehot, Dicey y Bryce han descrito, admirablemente, ese proceso<sup>26</sup>.

De modo análogo la Constitución de los Estados Unidos, que ha rebasado su bicentenario, ha transformado su ordenamiento constitucional con escasas enmiendas. Recordemos que las diez primeras se deben a los mismos autores de tan excelente documento.

Las convenciones constitucionales en el Reino Unido; los usos constitucionales y las decisiones el Tribunal Supremo norteamericano han sido, y siguen siendo, capitales para explicar el proceso de ajuste de la norma a las nuevas realidades. No es menester añadir que en el caso de los Estados Unidos nos encontramos con un

---

<sup>26</sup> Cfr. mi estudio preliminar: *La teoría constitucional de James Bryce*, al estudio de este último: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, donde expongo las consideraciones de estos tres autores.

texto codificado difícil de reformar. Ahora bien, el común espíritu anglosajón motivó que los cambios se hicieran sin revoluciones violentas. La clase política y la ciudadanía de estos dos países mostraron adhesión moral a sus respectivas Constituciones. Sobre la relación entre la escritura, y la codificación del Derecho constitucional cabe un largo discurso que en otra ocasión, menos solemne que la presente, pretendo, si Dios me asiste, desarrollar.

En estos dos casos la correlación normatividad constitucional-realidad política constitucional es suficientemente clara. Otro cantar se dará en el constitucionalismo continental europeo, salvando con algunos matices, la Constitución suiza. En los demás países el desencadenamiento de instrumentos fundamentales ha sido casi vertiginoso de manera que fueron incapaces de armonizar con los cambios político-sociales y aún con los deseos de muchos ciudadanos. Por supuesto, ninguna Constitución es capaz de ajustarse, *puntualmente*, a las vicisitudes ideológicas, sociales, económicas, porque el derecho se aparta tanto del cumplimiento inexorable, propio de las leyes físicas, como de su incumplimiento sistemático (*anomia*).

#### **4.2. ¿En qué medida el concepto de Constitución cuadra con la situación real de su época?**

Este interrogante, aunque guarde relación con la pregunta anterior, versa, principalmente, sobre la conciencia que los constituyentes, la doctrina científica de su tiempo y la adhesión o repulsa de la ciudadanía, tienen de su Carta Fundamental.

Se comprende que los redactores de textos fundamentales, espolcados por el entusiasmo de imaginar una nueva etapa cívica y reflejando los intereses de sus correspondientes fuerzas políticas, estén convencidos de que, a semejanza de los padres fundadores de los Estados Unidos, elaboraban una Constitución modélica que contribuirá, eficazmente a conseguir la felicidad de sus compatriotas.

Lamentablemente la experiencia constitucional europea demuestra lo contrario. Los ejemplos son claros y están en la mente de todos: Constitución de Cádiz, Constitución de la Segunda República española, y en el extranjero basta recordar las Constituciones de Weimar y la de Austria. En su redacción influyeron ilustres profesores. Empero, aquellos textos fueron incapaces de resistir, desbordados por los extremismos de derecha y de izquierda.

No siempre los documentos fundamentales redactados con técnicas más o menos rigurosas son capaces de obtener éxito. En cambio Constituciones mediocres como las leyes constitucionales francesas de la III República francesa y el Estatuto albertino de 1848 duraron mucho tiempo ciertamente modificándose mediante cambios formales y mutaciones constitucionales no siempre legítimas.

Una política constitucional adecuada ha de partir de los siguientes presupuestos:

a) Ninguna Constitución es *eterna* a pesar de los propósitos de sus autores de conseguir la máxima durabilidad. La experiencia constitucional demuestra que los instrumentos constitucionales se van desustancializando aunque la letra de los mismos

quede indemne. Las reformas constitucionales deben esmerarse en respetar su contenido esencial para preservar su *identidad* a través del curso temporal. En este sentido el éxito de la constitución norteamericana estriba en que sus enmiendas preservaron la *ratio* y el *telos* de la misma a pesar de las modificaciones estructurales (socioeconómicas y políticas). Así, este bicentenario texto ha permitido, sin traumas, pasar del predominio del Congreso (*the congressional Government*, W. Wilson), al de los jueces (*le gouvernement des juges*, Lambert) y al Presidential Government todavía presente.

Cuando la clase política, no legitimada por sus electores, quebranta el espíritu y la finalidad de la normatividad constitucional, se abre una brecha entre ésta y la sociedad de modo que la Constitución se sitúa ante una encrucijada peligrosa.

b) Cuando la Constitución es vividura, vida político-social sosegada que se va acomodando a los sucesivos cambios estructurales, entonces estaremos ante un ordenamiento fundamental vivo (*living Constitution*, *lebende Verfassung*), ante una Carta fundamental que sintoniza con la cultura política subyacente, inspirada en valores; ante una Constitución dotada de fuerza integradora, si desarrollamos la densa pero sugestiva teoría de Rudolf Smend.

Los valores superiores que propugna el Texto Fundamental, nutren a los derechos fundamentales que *reconoce* y *protege*. Entonces la cultura político-constitucional traduce, socialmente, la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes (Art. 10.1 de la CE), la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (Art. 1.1 de la CE).

c) La crisis del Derecho constitucional, la encrucijada que le acecha, no es posible sortear si seguimos, con ciega obediencia, la *vía del positivismo legalista*. Es un tema architratado la crisis de la ley y, en consecuencia, el descrédito de la Constitución si se la considera como una super-ley difícilmente reformable que formaliza, desustancializándolos, los contenidos constitucionales. No hay que olvidar la distinción clásica entre la ley y el Derecho (artículo 20, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y artículo 103, *in fine*, de la Constitución Española). La ley no agota la *juridicidad* recordemos, sin insistir con monotonía, el *plus* que anima, nutre y explica la naturaleza de la Constitución.

Del mismo modo hay que volver, actualizándola, a la noción clásica de *iurisprudentia* en cuanto conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia que distingue lo justo de lo injusto (Ulpiano) y, aun, a la afirmación anterior aristotélica de la *politeia* en cuanto Constitución sustancial, auténtica alma de la *polis*<sup>27</sup>.

d) La tesis que mantenemos sobre el plus constitucional la corrobora, recientemente, el profesor francés Mauss<sup>28</sup>. En efecto, a su entender la Constitución de 1958 no contiene la totalidad de las normas con alcance constitucional. Algunas de éstas

<sup>27</sup> Cfr. Sternberger, Dolf. *Die neue Politik. Vorschläge zu einer Revision der Lehre vom Verfassungsstaat en Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, N.F., volumen XXXIII, editado por Peter Häberle, J.C.E. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, p. 1 y ss.

<sup>28</sup> «La notion de Constitution sous la V République», en su libro: *Etudes sur la Constitution de la V République. Mise en place pratique*, Les Editions S.T.H., 1990, p. 280.

no se vinculan a disposiciones escritas, sea de la Constitución o de la Declaración de 1789, ni a los principios reconocidos por las leyes de la República, ni al Preámbulo de 1946. Ejemplo: la continuidad del servicio público, principio reconocido como constitucional por el Consejo Constitucional. Y añade el autor francés: se plantean otras cuestiones relevantes como la costumbre constitucional, la jerarquización de las normas de valor constitucional o *la existencia de un derecho natural supraconstitucional*. Es significativa esta última afirmación de Mauss porque contrasta con las doctrinas predominantes en su país y con la reciente teoría de la noción jurisprudencial de la Constitución que más adelante abordaremos.

e) Por último, me parece interesante recordar los proyectos de Constitución, más o menos articulados, de la Resistencia francesa e italiana durante el curso de la Segunda Guerra Mundial como frutos de un voluntarismo constitucional explicable por el fragor de la lucha. Algo parecido ocurrió en España en las primeras elecciones democráticas. Luego, el famoso consenso cribó muchas exageraciones e incluso extravagancias al elaborar la vigente Constitución.

No obstante, el *fenómeno partidocrático* relativizó, peligrosamente, la Constitución al juego partidista y en nuestros días el desencanto, la corrupción, la crisis económica, etc., han abierto, lamentablemente, un foso entre nuestra Ley Fundamental y la sociedad civil que es menester urgentemente corregir.

#### **4.3. Diversos supuestos respecto a la interrelación «tener y estar» en Constitución**

Para exponer con cierta coherencia este epígrafe expondremos el significado de *tener* Constitución según la doctrina convencional.

a) Ante todo, encontramos *el singular ejemplo de la Constitución Inglesa*, predominantemente consuetudinaria, no codificada y flexible.

El término Constitución apareció en obras clásicas del pensamiento político, en los discursos de los parlamentarios y ministros y en los comentarios, por ejemplo, de Blackstone.

Aunque Gran Bretaña, como es sabido, no tiene Constitución codificada y escrita, está viva en la conciencia de sus dirigentes y del pueblo. Desde 1215 con la famosa Magna Carta, símbolo de la cultura política constitucional anglosajona, común en varios aspectos a la estadounidense. La *Constitución británica aparece al comienzo como una conquista de los nobles* frente al despotismo de Juan Sin Tierra. Luego, paulatinamente, se interpretará como un paso importante encaminado al servicio de la ciudadanía.

En nuestros días Andrews<sup>29</sup> ha estudiado, en un interesante artículo, si es necesario establecer una Declaración de Derechos y un control de constitucionalidad de las leyes en Gran Bretaña.

<sup>29</sup> H. Andrews, Neil: «Should England adopt and entrenched bill of rights with judicial review of primary legislation?», en *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, V., 1989, Económica, París, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 15 y ss.

Su respuesta, conforme a la tradición inglesa, es contraria.

«Tener» Constitución, para los británicos, no va vinculado a la escritura sino a la tradición en cuanto configuradora de la convivencia. Los británicos hasta ahora, salvo el breve paréntesis del *Instrument of Government* de Cromwell, no han sucumbido a la tentación de componer, redactar (*Verfassen*), un código constitucional.

b) Entre los angloamericanos, antes de desvincularse de la metrópoli, la Constitución británica fue elogiada hasta que John Paine la criticó con dureza. Se argumentó que la política metropolitana vulneraba el espíritu de la Constitución de la madre patria y de los ideólogos liberales, por ejemplo Locke.

Producida la ruptura, los colonos, en armas, sintieron la necesidad urgente de redactar los principios básicos que presidirían su convivencia. Así, pues, la idea de Constitución en los Estados Unidos se anticipa en la Declaración de Independencia escrita por Jefferson y pasado el breve período de los artículos de la inicial Confederación, sus más conspicuos líderes se reunieron en Filadelfia donde se produjo *el milagro* de tener la Constitución de 1787.

En el paréntesis de la Guerra de Secesión, los sureños enviaron sus delegados a Montgomery (Alabama) para elaborar una Constitución que se aprobó, por unanimidad, el 11 de marzo de 1861. Los constituyentes, a instancia de Pike, tomaron como modelo la Constitución de 1787 pero transformándola como una confederación: «Constitución de la Confederación de los Estados de América» basada en la soberanía de sus Estados miembros. Se recogió el *voto concurrente* patrocinado en sus escritos y discursos por John Cadwell Calhoun que murió poco antes de la guerra civil, el *selfgovernment* y se reguló y protegió la esclavitud de los negros<sup>30</sup>.

Así, pues, el *tener* Constitución significó la *independencia* y *fundación* de un nuevo Estado y en el caso de la Confederación sureña, una protección de los intereses económicos del Sur frente a la potencia industrial del Norte y la permanencia de la *institución peculiar*, significativo eufemismo referido a la esclavitud.

c) En la Europa continental a partir de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y de la Constitución de 1791, el *tener* Constitución supuso la ruptura de las leyes fundamentales del reino, expresión *gótica* del oscurantismo del Antiguo Régimen, de sus estructuras socioeconómicas y del absolutismo.

Es cierto que el artículo 16º de la Declaración de 1789 proclamaba la necesidad de la separación de poderes y la garantía de los derechos para *tener* Constitución de modo que en alguna medida se aludía al *estar* en Constitución. Ahora bien, el positivismo exegético, el liberalismo individualista contrario al derecho de asociación, condujeron a una concepción voluntarista de la ley en cuanto expresión de la voluntad general que llega a nuestro tiempo.

<sup>30</sup> Para más detalle cfr. la documentada obra de Jesse Carpenter: *The South as a conscious minority 1789-1861*, The New York University Press, 1930, p. 221 y ss.

El modelo francés y el concepto de Constitución se expandió en España, Constitución de Cádiz, 1812, en Italia y en el constitucionalismo fallido de Alemania. En este último caso se distinguió por los autores entre *Konstitution* y *Verfassung*, sin embargo el *tener* Constitución prevaleció sobre el *estar* en Constitución.

Después de la Primera Guerra Mundial diversos países inauguraron nuevas experiencias constitucionales: Alemania, Constitución de 1919; Austria, 1920; España, 1931, en cuanto síntesis de liberalismo y democracia con atisbos socializantes. Empero, la crisis político-social, el deterioro económico suscitaron la réplica totalitaria del fascismo y del nacionalsocialismo.

En consecuencia, el *tener* Constitución fracasó y aún antes las convulsiones sociales y económicas impidieron el *estar* en Constitución.

Después de la Segunda Guerra Mundial la floración de documentos constitucionales se incrementa en todo el mundo. Ahora bien, la crisis del Estado del bienestar, la corrupción de los gobernantes, repercutirán gravemente sobre ellas de manera que el *tener* Constitución casi se convierte en una operación ritual, como sucede en los numerosos Estados surgidos tras la descolonización en la que los textos constitucionales se convierten en documentos simplemente *semánticos*, según la conocida clasificación «ontológica» establecida por Loewenstein.

Es menester, ahora, pasar al significado de estar en Constitución.

d) *¿Qué significa «estar» en Constitución?* Una breve respuesta aclara el interrogante. En efecto, un país puede carecer de Constitución y *estar* en ella. Es el caso bien conocido del Reino Unido.

La *constitutional morality*, el sentimiento constitucional en cuanto apego a una Constitución invisible, no escrita ni codificada, pero sentida a través de casi cuatro siglos basta para que el *espíritu*, el *sentir* y el *vivir* en Constitución sean suficientes. Incluso es un caso admirable y, por desgracia, difícilmente transportable.

Cabe, pues, *estar* en Constitución sin tenerla. Puede ser que se trate de cierta *hipocresía constitucional* sin considerarla en sentido inmoral y/o peyorativo. No es una falsa apariencia, es una realidad política. No es una simulación. Tal vez cuadre mejor con una ficción. *¿Acaso no choca la simulatio política con la constitutional morality?*

Se han dicho muchas cosas sobre la Constitución Inglesa: es un camino que anda; no es lo que parece ni parece lo que es. La Constitución británica carece de *gramática* y de *sintaxis*. *¿Cómo comprenderla según los esquemas racionalistas continentales?*

Este notable ejemplo constitucional, como las *conventions*, los usos, el idioma, los hábitos y hasta las manías británicas, según los europeos continentales; el funcionamiento de sus instituciones, las relaciones interhumanas, etc., son incomprensibles sin tener bien en cuenta la historia política del Reino Unido.

El constitucionalismo occidental se inicia en Gran Bretaña, así como el parlamentarismo que luego se racionalizará y normativizará en los Estados continentales. Cosa harto sabida que, sin embargo, conviene recordar.

El genio político anglosajón se basa en no pocas simulaciones con virtualidad jurídica.

Las ficciones y presunciones jurídicas están también presentes en los ordenamientos continentales y, en particular en los constitucionales<sup>31</sup>. Respecto a la contraposición entre la moralidad política y la simulación basta recordar la literatura política española del barroco sobre los consejos al Príncipe y la práctica diplomática universal. Esto en otro contexto.

e) ¿Cabe también «tener» y «estar» en Constitución bajo otra Constitución? Brevemente diremos que se trata de la posición y operatividad de las Constituciones europeas escritas después del Tratado de Maastricht que inaugura la Unión Europea.

¿En qué medida repercute este Tratado sobre el significado y función de las Constituciones de los Estados miembros, sobre todo el día, tal vez no cercano, en que se apruebe una Constitución europea? ¿Cómo se calificará entonces la soberanía de cada Estado? ¿En qué medida al imponerse las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las de los Tribunales de los Estados miembros estos seguirán teniendo Constitución y estando en Constitución de modo autónomo? Son problemas que escapa a este discurso y que he estudiado en otro lugar<sup>32</sup>.

f) Por último, y esto lo expondremos más adelante, hay que referirse a *la repercusión de la llamada cultura postmoderna sobre el Derecho constitucional*.

## V. LA DOCTRINA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA ENCRUCIJADA

### 5.1. La doctrina constitucional frecuentemente ha tropezado con situaciones dilemáticas importantes

En efecto, esto se comprueba en la evolución del Derecho constitucional occidental. Así la Revolución Gloriosa en Gran Bretaña (1688); la independencia y revolución de las colonias norteamericanas de la metrópoli (1787); la Revolución Francesa (1789); la Guerra de Independencia Española (1808) y la Constitución de 1812, fueron trascendentales pues implicaron opciones fundamentales: monarquía o república; Constitución consuetudinaria o escrita, codificada; tradicionalismo o liberalismo. No es menester puntualizar las acciones y reacciones que tales sucesos suscitaron.

La doctrina constitucional correspondiente en algunos casos contribuyó a configurar las instituciones básicas de la convivencia y en otros cooperó para justificar, o al menos describir, aquéllas. Asimismo las tendencias doctrinales sobre el Derecho constitucional fueron influidas por concepciones ideológicas, condicionamientos socioeconómicos y corrientes filosóficas. En este sentido los mantenedores de aquellas tendencias precisamente optaron por alguna de esas direcciones.

<sup>31</sup> Me remito a un interesante trabajo de mi maestro don Nicolás Pérez Serrano: *Las ficciones en el Derecho constitucional*.

<sup>32</sup> Cfr. mi conferencia en el IVAP, Bilbao: *¿Una Constitución para Europa?*, en IVAP, Bilbao, 1993, p. 85 y ss.

Una elección significativa que repercutirá en la doctrina versará sobre la codificación del Derecho privado y acerca de la función relevante de la ley en cuanto decisión estatuyente del legislador estatal. Aquí es obligado referirse a la controversia Thibaut-Savigny que examinó Carl Schmitt<sup>33</sup>.

Según el famoso autor alemán, la crisis de la ciencia europea del Derecho se inicia con la victoria del positivismo legalista que deriva de la codificación francesa del Derecho civil con sus reflejos en las demás ramas jurídicas. La ruptura revolucionaria de 1848, implicó el rechazo de un Derecho natural suprapositivo de suerte que se consideró como un paso decisivo adscribirse al positivismo. También la Escuela histórica combatió el iusnaturalismo aunque no abrazó el positivismo legalista sostenido por los legistas franceses. En definitiva, mientras Thibaut se apoyaba en el individualismo abstracto que arranca de la Revolución Francesa, Savigny recurría al espíritu del pueblo, concepto romántico incomprensible desde una óptica racionalista.

Así se perfiló la orientación racionalista-legista-estatalista del Derecho frente a la concepción historicista que valoró el Derecho consuetudinario y la función relevante de la ciencia jurídica en sintonía con el espíritu del pueblo.

Otra manifestación típica, en la configuración de la ciencia jurídica en la cultura germana, se refiere a la escisión de los factores políticos de las consideraciones técnico-jurídicas. Quien primero realizó, coherentemente, tal separación fue Paul Laband, especialista en Derecho mercantil, que cobró notoriedad debido a su clásica distinción entre la ley en sentido formal y material aplicándola a la grave contraposición entre la política militar del canciller Bismark con el Parlamento prusiano que se negó a aprobar el presupuesto de gastos del ejército. De este modo, Laband se convirtió en una especie de *Kronjurist* corroborado por su importante libro sobre el Derecho público del imperio alemán. Así la colosal tarea realizada por el Canciller de Hierro fue apoyada en la doctrina constitucional por Laband cuando rechazó, por muy importantes que fueran en sus correspondientes campos, los elementos políticos, sociales, económicos, etc., para una construcción adecuada del Derecho constitucional como señala en la página VI del prólogo de su obra capital<sup>34</sup>.

Es interesante recordar, aún más consultar, la crítica que el eximio Otto von Gierke hizo del Derecho político imperial según Laband<sup>35</sup>.

Es evidente que la doctrina formalista-positivista de Laband era incompatible con las consideraciones orgánico-sociales de Gierke, enemigo de la pandectista.

<sup>33</sup> Schmitt, Carl: *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft in Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2da. edición. Duncker und Humblot Berlin, 1973, p. 398 y ss.

<sup>34</sup> Laband, Paul: *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 5a. edición. Tübingen, 1911, reeditada por Scientia Verlag Aalen, 1984.

<sup>35</sup> Gierke, Otto von: *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft in Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, nueva serie, año 7, cuaderno 4, pp. 1097-1193, editado por Gustav Schomoller, reeditado por Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1961. Sobre la posición de Laband en la doctrina del Derecho político de su tiempo, cfr. Manfred Friedich: «Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, volumen III, cuaderno 2, junio, Tübingen, 1986, p. 202.

Pero a pesar de todo, la dirección positivista se impuso, de modo que la alternativa positivismo *versus* organicismo-historicismo, se zanjó en beneficio del primero. Del mismo modo el dilema iusnaturalismo-positivismo se resolvió a favor del constructivismo lógico-jurídico que culminará en la teoría pura del Derecho de Kelsen y sus seguidores<sup>36</sup>.

Creo innecesario indicar que las sucesivas opiniones doctrinales no sólo dependen de virtualidades ínsitas en cada una de las teorías porque, además están influidas, como mencionamos al comienzo de este epígrafe, por acontecimientos político-sociales importantes a su vez inspirados en posiciones ideológicas.

Así, el positivismo alemán antes de la primera postguerra mundial (Laband-Jellinek), apareció en función de la fundación del *Reich* a partir de la victoria de Sedán en la guerra franco-prusiana (1870). Laband mantuvo una posición *quietista*, conservadora, entusiasmado por el éxito alemán. La doctrina constitucional francesa registró, es natural, cierto resentimiento por la derrota militar. Recordemos la famosa controversia entre Jellinek y Boutmy sobre los orígenes de la Declaración de 1789, el orgullo francés, según el primero, influida por la Declaración del buen pueblo de Virginia (1776). El profesor francés se sintió herido en su patriotismo en la medida que le pareció advertir un ataque a un documento esencial de la cultura política francesa.

Todo esto no impidió el impacto de los principales autores germanos de la época sobre los autores galos. Y éste continuó en los maestros franceses de los años 20 en León Duguit (recordemos la Teoría de la *Vereinbarung* de Triepel) y sobre todo la clásica «Teoría General del Estado» de Raymond Carré de Malberg.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en la República Federal de Alemania, se percibe una vuelta a contenidos axiológicos próximos al iusnaturalismo. Así conceptos como la dignidad humana, derechos inviolables, derechos elementales, distinción entre *Gesetz und Recht*, invocaciones a la Divinidad, amén de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe sobre los derechos humanos, influida por la doctrina de Smend, abrirán las puertas a consideraciones extrapositivas de modo que el *entweder-oder* positivismo o axiología; positivismo o iusnaturalismo se replanteará como una nueva alternativa.

Es cierto que después de unos años la jurisprudencia alemana cesará en sus referencias axiológicas y suprapositivas. Empero la encrucijada subsiste, de modo que el positivismo constitucional ya no puede alardear, como en la época de Laband, ni como en los tiempos de expansión de la Escuela de Viena, de ser el camino único.

Si antaño al positivismo jurídico, autosatisfecho, no le preocupaba, en absoluto, alegar los títulos de su justa legitimidad porque esta última fue absorbida por aquél: positivismo legalista-estatalista y, a su vez, las posiciones iusnaturalistas carecían de vigor suficiente, después del hundimiento del Tercer *Reich* y de las monstruosidades

<sup>36</sup> No voy a detenerme en la contienda con el positivismo jurídico durante la República de Weimar porque lo he hecho en mi monografía: «La lucha contra el positivismo jurídico en la República». La teoría constitucional de Rudolf Smend, Tecnos, Madrid, 1987.

que produjo (*Auschwitz*) y superado, en la inmediata postguerra, el complejo de culpabilidad colectiva de todo un pueblo, pues la primera víctima de esos errores fue este último, no cabe duda que se corrobora el *eterno retorno del Derecho natural* (Rommen)<sup>37</sup>.

De todos modos, la ilusión positivista sobre la capacidad completa del constructivismo lógico-jurídico para resolver todos los problemas que atañen al Derecho, se ha desvanecido, lo cual no supone negar los avances de la dogmática jurídica y en nuestro caso de la Teoría de la Constitución. No solamente el reto de las transformaciones socioeconómicas, tecnológicas, biológicas, la han puesto a prueba, afectándole gravemente, también el desafío iusnaturalista: dignidad humana, valores superiores, derechos inviolables le han hecho tambalear. Así, pues, la alternativa positivista/iusnaturalista. El *entweder-oder*, Derecho natural/positivismo jurídico es cuestión candente.

## 5.2. Derecho Constitucional y pensamiento alternativo: ¿pluralismo o alternativa existencial?

La consolidación de la democracia en Europa occidental después de la Segunda Guerra Mundial, la aparición del Estado del bienestar, de los derechos socioeconómicos y el pleno empleo en alguna medida atenuaron las alternativas más o menos dramáticas, es decir surgió en la ciencia del Derecho constitucional como pensamiento alternativo ajustado a las pautas democráticas conforme a la Constitución.

Desde este enfoque puede explicarse el significado de los conocidos artículos 3.2 de la Constitución italiana y el 9.2 de la española.

En este mismo orden de cosas Häberle afirma<sup>38</sup> que el pensamiento de lo posible coincide con la reflexión de y en las alternativas. Inmediatamente el profesor alemán aclara que el pensamiento alternativo no debe confundirse con la contraposición *entweder-oder* que es excluyente. Así es porque caben terceras y cuartas posibilidades con carácter de compromiso.

<sup>37</sup> Suele citarse como ejemplo la significativa conversión a posiciones suprapositivistas del filósofo del Derecho Gustav Radbruch. Ciertamente, este caso y el de otros no son suficientes para sostener la ruina y menos la perversidad del positivismo jurídico. Conviene matizar seriamente sin incurrir en fundamentalismos. En efecto, en el positivismo jurídico hay reminiscencias iusnaturalistas y un iusnaturalismo absolutizante es incorrecto. En definitiva el iusnaturalismo supone un acto de fe al que es indiferente el positivismo: *Silite theologi in munere alieno!* (Alberico Gentile). Ahora bien, el positivismo no puede ignorar los elementos deontológicos, sociales, económicos y políticos porque negaría la realidad y efectividad. Desde una perspectiva estrictamente positivista es imposible explicar la dignidad humana y los derechos inviolables. Según el enfoque iusnaturalista cerrado es muy difícil comprender la función de la dogmática jurídica (ciertamente secularización) de la dogmática religiosa) y no se explica la historicidad del fenómeno jurídico.

En las modernas tendencias del iusnaturalismo crítico que rechaza las injusticias sociales y exalta la dignidad humana (Art. 9.2 y 10.1 de la CE) la contraposición se desvanece.

Es significativa la respuesta de Jacques Maritain cuando se le preguntó cómo era posible que personas creyentes e increyentes, de cultura y razas diversas pudieran ponerse de acuerdo y aceptar la Declaración Universal de Derechos Humanos (cfr. Art. 10.2 de la CE).

Estamos todos de acuerdo –dijo Maritain– con una condición: que no se nos pregunte *por qué*.

<sup>38</sup> Häberle, Peter: *Verfassung als öffentliches Recht*. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Duncker und Humblot, Berlín, 1978, p. 19 y ss.

La antítesis *entweder-oder*, esto o aquello, es decir, según nuestra denominación, la encrucijada es retórica; no debe absolutizarse ya que de este modo se esfuman las alternativas. El pensamiento posibilista (*Möglichkeitsdenken*) es problemático (*fragendes Denken*). Busca lo posible. La cuestión aparece así: ¿qué podría ser, en lugar de esto, lo que es?

En un ordenamiento jurídico abierto, pluralista, la libertad es un amplio espectro de formas distintas que se institucionalizan como alternativa. Permiten espacio a decisiones. Espacio para la libertad individual y para la racionalidad general. Presuponen la más posible comunicación sosegada.

Según Häberle<sup>39</sup>, al comentar el interesante estudio de Hartwirth<sup>40</sup>, la multiplicidad de modelos pluralistas, o de apertura alternativa, no consisten en una absolutización del legado histórico. En efecto, el legado histórico se objetiva en el proceso constituyente, ha de entenderse como un *trozo viejo de la realidad*, y como una nueva posibilidad de Constitución. Ahora bien, las alternativas se *desarrollan* y pueden desplegarse con sentido renovador según la Constitución. El legado histórico tiene que permitir alternativas comprobadoras o justificadoras. No sólo se da una «regeneración» de los contenidos constitucionales, pensemos en los derechos sociales de las Constituciones de los Länder después de 1945; se da, también, una «degeneración». Puede verificarse un tránsito legítimo en el proceso de crecimiento de la Constitución.

Es menester considerar la posición crítica ante la realidad política «bajo» la Constitución y al mismo tiempo la actitud que la contemple como un trozo real de aquélla. Los dos aspectos se unen. Pero estamos ante una dificultad. Es menester reflexionar sobre alternativas fructíferas sin utilizar, excesivamente, la interpretación de los antecedentes históricos, los «posibles» modelos, ni recurrir al tiempo originario de la constitución, sino transformarlos. Esto es lo más rentable.

Las certeras y profundas consideraciones del autor alemán sobre los modelos alternativos de la reflexión constitucional no invalidan cuanto he escrito antes. Ciertamente sus tesis sobre la conexión de las alternativas y el pluralismo son suscribibles si se aplican a una democracia constitucional firme y tranquila o al menos relativamente sosegada. Ahora bien, cuando los cimientos y la práctica de una democracia se conmueven de modo que nos encontramos ante un ordenamiento constitucional herido, o alterado, por la crisis del Estado de bienestar, cuando apenas se da una correspondencia aceptable entre la clase gobernante y los gobernados, cuando prolifera la corrupción, el contenido del pluralismo político y de sus alternativas sufre en su entraña y en su función. En este sentido el florecimiento de la posibilidad y de la alternancia

<sup>39</sup> Häberle: op. cit., p. 471.

<sup>40</sup> Hartwirth, Hans Hermann: *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, 2da. edición, Westdeutscher Verlag, 1977. Este autor examina dos modelos alternativos en la Ley Fundamental alemana: el capitalismo social o el socialismo democrático. A mi juicio esta alternativa puede aplicarse a la Constitución Española. Cfr. CE, artículos 33º 38º y 9.2 amén de los principios rectores de la política social y económica. Mientras los preceptos 33º, 38º corresponden al *status quo social*, el 9.2 y los principios mencionados a un progresismo social.

democrática, de la tolerancia y de la reciprocidad Estado-Aparato - Estado-Comunidad, se desvanece y entonces chocamos con las encrucijadas inexorables que he expuesto.

Cosa distinta es el llamado *uso alternativo del Derecho* y su repercusión en el Derecho constitucional que se divulgó hace no muchos años en Italia y por mimetismo entre nosotros. ¿En qué medida es posible utilizar las cláusulas de una Constitución *burguesa* interpretándolas, mediante una *broad construction*, a favor de un proyecto socialista y/o socializante? Hay que recordar las posiciones contrapuestas mantenidas por Lavagna y Giuseppe Hugo Rescigno<sup>41</sup>.

En la actualidad, y pasado el entusiasmo parcial que suscitó la teoría del uso alternativo del Derecho, certeramente Pérez Luño<sup>42</sup> advierte que el uso alternativo del Derecho «... no implica necesariamente la asunción de posiciones jurídicas progresistas. Se trata de una opción hermenéutica ambivalente» y añade<sup>43</sup>: Por esta vía la interpretación de la Constitución deja de ser tal, al desbordar su significación normativa, para convertirse en un fenómeno de decisión política. Ello supone «... negar la posibilidad de una auténtica interpretación constitucional». Con lo que a través de tal proceso: «el uso alternativo del Derecho constitucional» termina por degenerar en «abuso alternativo de la Constitución».

En definitiva, a mi entender, la teoría, ya olvidada, del uso alternativo del Derecho choca con la *identidad* de la Constitución en la medida que tergiversa su contenido esencial: la Constitución sustancial.

Por último, me interesa aclarar que el pensamiento posibilista-alternativo-plurista se distingue de nuestra posición respecto a la encrucijada con las que tropiezan la doctrina y prácticas constitucionales en períodos graves.

La alternativa, implícita en toda encrucijada, es existencial. El *aut-aut* o el *entweder-oder*, esto o aquello, supone una opción grave; una elección dramática en tanto que compromete a la reflexión constitucional con limitadas probabilidades rectificadoras. Quiero decir que los operadores científicos, y los intérpretes, aplicadores de las normas constitucionales difícilmente pueden retroceder para encaminarse por el sendero antes abandonado. Lo dramático de la opción se empareja con la *responsabilidad* que asume el que elige tanto en el terreno doctrinal como en el práctico. Por eso, la decisión de esto o aquello revierte sobre el modo de existencia política de un pueblo. No es menester insistir en la gravedad que ello implica.

Aquí se replantea el concepto decisionista de Schmitt cuando concibió a la Constitución como decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política.

Aunque en 1928 la República de Weimar iniciaba cierta estabilidad política, late en la teoría constitucional schmittiana una dramática opción existencial. En efecto, a

<sup>41</sup> Sobre esta disputa cfr. el volumen IV de mi *Curso de derecho político*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 450-452.

<sup>42</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

<sup>43</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique: op. cit., p. 268.

juicio del sugestivo y «peligroso» pensador alemán: «Toda unidad política existente tiene su valor y su «razón de existencia» no en la justicia o conveniencia de las normas sino en su existencia misma. Lo que existe como magnitud *política*, es, jurídicamente considerado digno de existir. Por eso su «derecho a sostenerse y subsistir» es el supuesto de toda discusión ulterior; busca ante todo subsistir en su existencia, *in suo esse perseverare* (Spinoza); defiende «su existencia, su integridad, su seguridad y su Constitución» todo valor existencial<sup>44</sup>.

Al terminar este epígrafe me interesa recordar que el recurso a contraposiciones dicotómicas y tricótómicas es típico de la doctrina germana. Bastan algunos ejemplos; así en el campo metodológico: Ciencias de la naturaleza/Ciencias de la cultura; teoría social del Estado/Teoría jurídica del Estado (Jellinek); ser/deber ser (Kelsen); Constitución/Leyes constitucionales, contraposición existencial amigo/enemigo (Schmitt), etc<sup>45</sup>.

Estamos ante un reflejo de la dialéctica hegeliana, invertida luego por Marx con su aplicación en sentido materialista, como es sabido, al campo socioeconómico cuyo impacto en la historia, la política y la economía es notorio.

### 5.3. Operación constituyente y reforma constitucional en la encrucijada

Es importante subrayar que la doctrina y la práctica constitucionales se enfrentan con una encrucijada inesquivable tanto en la operación constituyente como en la reforma constitucional. Y esta situación dilemática lleva implícita una opción no sólo jurídica, además una decisión política<sup>46</sup>.

La operación constituyente, es decir, la facultad atribuida a un pueblo de darse una Constitución, elaborada por sus representantes y, aprobada mediante referendo, es una secularización de la Creación divina.

El hombre, en cuanto causa segunda de la Creación, es capaz de decidir el modo y forma de su convivencia política mediante un Código político: Constitución.

<sup>44</sup> Schmitt, Carl: Teoría de la Constitución (trad. Francisco Ayala), Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, s.f., pp. 25 y 26. Afirma, después de mencionar varios ejemplos, que no «... hay ninguna Constitución sin tales conceptos existenciales». Por eso, he dicho en otra ocasión que Schmitt defiende, a pesar de su crítica del positivismo normativista, una especie de positivismo existencial. De este modo el autor relativiza la esencia de la Constitución a su existencia, *rectius*, la esencia constitucional es absorbida por su existencia con lo cual a pesar de sus justas críticas al formalismo de Laband y al logicismo trascendental de la teoría pura del Derecho, se desustancializa la Constitución.

<sup>45</sup> En Sociología, Comunidad, Sociedad (Töennies); sociedad abierta, sociedad cerrada (Popper, austríaco pero nacionalizado británico). Entre las dicotomías idea, norma, hecho social (E. Naviasky) y en filosofía del Derecho recordamos a Icilio Vanni y Giorgio del Vecchio quienes señalan como investigaciones del Derecho: la lógica, fenomenológica y deontológica, así como el tridimensionalismo del brasileño Miguel Reale si bien los términos de esta tricotomía son complementarios.

<sup>46</sup> El profesor Pedro de Vega describe muy bien las implicaciones políticas de las normas del procedimiento de reforma constitucional y el significado político de las cláusulas de intangibilidad en su libro: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 67 y ss., 247 y ss.

Carl Schmitt<sup>47</sup> sostiene que las consideraciones de Sieyès sobre el *pouvoir constituant* en su relación con los *pouvoirs constitués* es una analogía metafísica respecto de la *natura naturans* y de su correlación con la *natura naturata* de Spinoza. Advierte que hay que separar la doctrina positiva del Poder constituyente de la metafísica panteísta. A su entender la metafísica de la *potestas constituens* como análogo de la *natura naturans*, pertenece a la doctrina de la teología política.

Es significativo comprobar que la operación constituyente está transida de politicidad, de elementos extranormativos que constituyen, componen y configuran en un texto, por lo general difícilmente reformable, el modo y contenido de la convivencia política de una comunidad.

Los alemanes tienen un término significativo que expresa tal operación *Verfassen*: de ahí deriva *Verfassung* a diferencia del arcaico vocablo *Konstitution*, evidente galicismo que se limita al texto escrito, al código o instrumento, documento (*Verfassungsurkunde*) típico de los primeros decenios del siglo pasado.

En este sentido, el teorema de la operación constituyente, es decir, la demostración lógica que parte de unos hechos dados; la averiguación mediante presupuestos fácticos de la realidad fundante y configuradora en que estriba la operación constituyente, encuentra sus raíces en el pensamiento matemático de Spinoza y de Descartes y que culmina con la teorización por Sieyès del *pouvoir constituant*.

Sieyès fue eclesiástico, filósofo, revolucionario, legislador y diplomático<sup>48</sup> pero sobre todo un famoso experto en lo que hoy llamamos ingeniería constitucional. Además sus ideas rechazaban el recurso a los datos históricos y criticó duramente el modelo constitucional británico. En cuanto teórico defensor de la burguesía, tendió, rasgo típico francés, a contemplar la política constitucional desde perspectivas racionalizadoras del poder político.

Ahora bien, la operación constituyente y la reforma constitucional no puede geometrizar todo desdeñando los factores extranormativos. El teorema de la operación constituyente no surge de la nada. Esto diferencia a la Creación *ex nihilo*, teológica, de la operación constituyente que funda un Estado conforme a una composición y redacción de una Constitución escrita (*Verfassen*), obra realizada en el tiempo por los hombres. Una Constitución no es Creación divina, sino operación humana. Una comunidad humana comprende un territorio dentro del cual encontramos vinculaciones sociales, económicas. Esa comunidad cuenta con un pasado, muchos de sus miembros profesan una religión, mantienen diversos intereses, les une una raza, una lengua y hábitos o se diferencian racial, económica, socialmente. Sin embargo, viven en una comunidad a veces solidariamente, otras no. Son presupuestos fácticos que no pueden soslayarse sino armonizarse. Hay en esta descripción algo de las tesis contrarrevolucionarias defendidas por De Maistre, De Bonald y sus epígonos. Sucede, sin embargo, que la concepción historicista no puede ignorar que el constitucionalismo

<sup>47</sup> Schmitt, Carl: *Teoría de la constitución*, cit., p. 91.

<sup>48</sup> Y. Kougou: *Théorie constitutionnelle de Sieyès*. Préface de Josef Barthélemy, Sidey, París, 1934, p. 8.

implica una racionalización del poder de modo que la encrucijada, Constitución consuetudinaria historicista, natural, interna *versus* Constitución escrita hace tiempo que fue absorbida por la escritura, la codificación e, insistamos, por la racionalización del poder. La armonía entre esas dos concepciones conduce a la concepción *adecuada* en el sentido que asume el pasado actualizándolo. Así se supera la concepción *ingenua* del derecho espontáneo, producto de la historia que puede incurrir en la reacción. Tal noción ha sido superada por la doctrina mediante la idea de la *Constitución sustancial*. No me detengo más en este asunto porque lo he expuesto en otros escritos.

Una vez más retorna la distinción entre *tener* y *estar* en Constitución.

Para el pensamiento ultraconservador no es menester *tener* Constitución en el sentido racionalista porque todo país cuenta con ella en cuanto su modo específico, tradicional, de modo que *está* en Constitución con sus costumbres, religión, pasado histórico. Para el pensar actual es menester contar con un documento fundamental que traduce, integra, dinámicamente, la realidad subyacente de modo que el texto escrito y la realidad sean congruentes. Si esto no ocurre se recurrirá a su reforma o se elaborará un nuevo texto que logre su propósito armonizador. Y no se aluda al caso inglés, porque toda regla cuenta con posibles excepciones, pues como decía el maestro Luigi Rossi: la excepción no es exactamente tal, sino una regla distinta que se impone<sup>49</sup>.

No se diga que el ilustre constitucionalista fue un positivista, *rectius* un cultivador excluyente del método técnico-jurídico, porque estuvo muy atento al influjo historicista como lo prueba su magnífico estudio sobre el poder personal y el poder representativo en la *Sacra Corona* de Hungría<sup>50</sup>. El autor señaló que se trataba de un caso típico demostrador que la historia de las instituciones políticas no sólo aclara algunos puntos oscuros o inciertos; no sólo describe figuras interesantes del Derecho público, además arroja luz sobre posiciones constitucionales relevantes y puede explicar ciertas orientaciones prácticas de la política interna e internacional del país que de otro modo serían inexplicables<sup>51</sup>.

No insistiré en la función de la doctrina constitucional en la reforma de los textos constitucionales aunque la clase política tiende a desplazar a los expertos en materia constitucional por considerarlos como teóricos. Sostiene que la revisión del Texto Fundamental, incluso la elaboración de una nueva Constitución, es una tarea demasiado grave para confiársela. Empero esto lo desmienten experiencias pasadas como lo demuestra el caso de Weimar (Preuss) y el de Austria (Kelsen) en 1919 y en 1920. También el llamado voto constructivo de censura (Art. 67º de la Ley Fundamental de

<sup>49</sup> Rossi, Luigi: «Un criterio di logica giuridica: La regola e l'eccezione particolarmente nel diritto pubblico», en *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. V, Guiffre, Milano, 1939, p. 1 y ss.

<sup>50</sup> Rossi: en obra citada, p. 89 y ss.

<sup>51</sup> Rossi: op. cit., p. 90. Al lector interesado le remito a este escrito de Rossi: *Potere personale e potere rappresentativo nella «Sacra Corona d'Ungaria»*, en op. cit. Cfr., por ejemplo, lo que dice en la p. 121. Creo que no es menester aclarar que la idea y la práctica de la *Sacra Corona Ungaria* subsistió a la Primera Guerra Mundial hasta que después del segundo conflicto europeo fue abolida por el influjo soviético.

la República Federal de Alemania) sigue las tendencias de la racionalización del poder preconizada en el período de entreguerras por Boris Mirkin Guezevitch y continuada por Nawiasky.

En la literatura actual Peter Häberle<sup>52</sup> ha expuesto observaciones interesantes y posteriormente Eichenberger<sup>53</sup>. Según éste la situación del Derecho constitucional y de sus reformas está unida a la situación de la dimensión científica que siempre se ocupó de la política y del Derecho constitucional y conserva, por ello, su sentido y misión la ciencia del Derecho político<sup>54</sup>.

## VI. LA QUERRELLA ENTRE LA CIENCIA POLITICA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL SOBRE EL METODO PARA COMPRENDER LA CONSTITUCION

### 6.1. Ciencia política *versus* Derecho constitucional

Las controversias doctrinales son enriquecedoras *dentro de una misma disciplina científica, en este caso, en el campo del Derecho constitucional*. No es menester recurrir a la nómina de autores que mantuvieron posiciones contrapuestas en los diversos momentos de desarrollo de la ciencia del Derecho constitucional.

La cuestión se agrava cuando la disputa versa sobre métodos divergentes apoyados en ciencias distintas que se contraponen y preconizan soluciones distintas: por ejemplo, cuando se refiere al concepto de Constitución: porque en este caso nos encontramos ante una auténtica encrucijada y es menester optar por un camino u otro que, por lo general, llega a conclusiones también distintas. Centrándonos en la cuestión que nos ocupa la pregunta es ésta: ¿para obtener un concepto cabal de la Constitución deberemos emprender el camino señalado por la ciencia política, los politólogos, o el indicado por los neoconstitucionalistas como el único valedero para captar lo que es una Constitución? ¿Cabe una elección metódica que sintetice las consideraciones aceptables de cada una de esas vías? Es obvio que en este último caso la encrucijada desaparece pero ¿es esto posible?<sup>55</sup>.

Es cierto que las cuestiones metodológicas y epistemológicas son arduas y complicadas. En efecto, si aceptamos la afirmación kelseniana que el método crea el objeto del conocimiento, nos vemos obligados a seguir la dirección neokantiana de la pureza

<sup>52</sup> Häberle, Peter: op. cit., p. 212, 215-216.

<sup>53</sup> Eichenberger, Kurt: «Zum Stand des Verfassungsrechts im Lichte Der Reformbegehren und der Lage der Staatswissenschaft», en *Der Staat*, vol. 25, cuad. 1, Berlín, 1986.

<sup>54</sup> No me ocupo ahora de la argumentación que Bernard Schlink desarrolla en un interesante trabajo bajo este llamativo título: «Die Enttrottung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Der Staat*, volumen 28, cuaderno II, Berlín, 1989, porque la sintetice y comenté en mi monografía *La Constitución «abierta» y sus enemigos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Ediciones Beramar, Madrid, 1993, p. 70 y ss.

<sup>55</sup> No entramos aquí en si la Sociología política y la ciencia política son denominaciones de un mismo objeto de conocimiento y estudio o son disciplinas distintas. ¿Es la ciencia política un sector de la Sociología? Me remito a lo que digo en mi obra «*Principios de ciencia política*» volumen 1, Tecnos, Madrid, 1977.

metódica, el normativismo jurídico que rechaza cualquier elemento histórico, sociológico, psicológico, ético, político cuyo menester es lícito y provechoso en el campo de las disciplinas que se ocupan de ellos, de manera que se reitera la advertencia imperativa de Alberico Gentile en estos términos: *Silete politicis in munere alieno!* y más modernamente parafraseando a Clemenceau: «El Derecho es algo demasiado serio para dejarlo en manos de los politólogos».

Por otro lado, es sabido que Kelsen criticó duramente el dualismo Teoría social del Estado + Teoría jurídica del mismo. A ello podrían añadirse los defectos del sincretismo metodológico en cuanto solución pobre y carente de personalidad. Tampoco valdría una especie de *averroismo constitucional* que sostenía la tesis de la doble verdad.

Las cuestiones disputadas han de examinarse con ponderación. ¿Qué quiero decir con esto? Intentaremos ofrecer una respuesta.

Ante todo es menester que los neoconstitucionalistas y los politólogos prescindan del orgullo y el desdén respecto a las posiciones contrarias. Es significativa la afirmación de Dominique Rousseau<sup>56</sup>: cada una de estas comunidades se reproduce al reiterar estos anatemas: el Derecho constitucional para los politólogos es un sentido común erudito y la ciencia política, para los constitucionalistas, una formalización erudita de un discurso periodístico.

Del mismo modo puede reprocharse a estas comunidades contrapuestas sus inclinaciones imperialistas. La querrela entre los neoconstitucionalistas y los politólogos evidencia una hostilidad recíproca, en alguna medida el enfrentamiento entre amigo-enemigo sin posibilidad de acuerdo. Ahora bien, esa hostilidad implica una conciencia de peligrosidad que, a mi juicio, es una de las características del pensamiento político. Esta hostilidad mutua, trivializando el discurso freudiano, sublima cierto complejo de inferioridad. Así, los neoconstitucionalistas y los politólogos al sentirse amenazados defienden su correspondiente estatuto académico y como la mejor defensa es el ataque, propenden a invadir el campo adverso: los constitucionalistas, para protegerse, formalizan su materia expulsando los elementos políticos; los politólogos relativizan la normatividad jurídica a factores sociopolíticos. De este modo el imperialismo académico de unos y otros replantea el *entweder-oder*. Por eso, el discurso sociológico y político —como apunta Commaillé<sup>57</sup> a veces adaptó la forma de los dominados o testimonia la expresión de una conciencia infeliz. Las relaciones entre la sociología y el Derecho se viven o perciben como relaciones de poder, de suerte que la sociología se siente constantemente amenazada de ser descalificada o instrumentalizada.

<sup>56</sup> Rousseau, Dominique: *Les constitutionnalistes, les politistes et le «renouveau» de l'idée de Constitution en Droit et politique*, Presses Universitaires de France, 1993.

<sup>57</sup> Commaillé, Jacques: «Normes juridiques et régulation sociale. Retour à la sociologie générale», en *Normes juridiques et régulation sociale*, Librairie générale de Droit et jurisprudence, París, 1991, p. 13. Commaillé recuerda que Timasheff consideró que la sociología nació en un contexto contra el Derecho.

Los neoconstitucionalistas positivistas —escribe François<sup>58</sup>— intentan convertirse en portavoces de todo el orden jurídico y de todos los que le están sometidos, es decir, todos nosotros.

A mi juicio, la disputa entre los neoconstitucionalistas y los politólogos es estéril<sup>59</sup>. Lo es por estas razones: a) porque no resuelve la encrucijada con la que se enfrenta el concepto de Constitución; b) porque no tiene en cuenta que si bien es cierta la diferencia metodológica entre el Derecho constitucional y la ciencia política, existe una unidad sistemática entre las dos disciplinas; c) porque el desprecio recíproco entre los dos estamentos, enfrentados a veces, enmascara la insuficiencia de conocimientos jurídicos de algunos politólogos y de conocimientos científico-políticos de algunos neoconstitucionalistas; y por último, d) en el fondo de esta disyunción puede percibirse una motivación ideológica que los disputantes en muchos casos ignoran o se resisten a admitirla.

Así pues, es evidente que toda organización formalizada, que cristaliza en una Constitución, tiene siempre significado sociopolítico en la medida que expresa la correlación de fuerzas políticas existentes en un sistema político en un momento dado y al mismo tiempo se detecta el influjo ideológico sobre los textos fundamentales<sup>60</sup>.

Del mismo modo, hay que subrayar la función formalizadora, organizadora, de la normatividad constitucional desde el momento en que se produce una Constitución: poder constituyente-discusión y redacción de la misma, ratificación por el pueblo. Este proceso lineal, coherente, lo configuran las reglas jurídicas que se concretan al final, mediante su interpretación y aplicación. Estamos, pues, ante un *continuum* jurídico<sup>61</sup>.

En consecuencia, los aspectos materiales, de fondo, examinados por la sociología política, son simultáneamente ordenados y dotados de sentido, en su caso valorados por la preceptiva constitucional. Entonces, si no yerro, no se da un paralelismo, ni una desarmonía, sino una convergencia teleológica basada en elementos fácticos que se normativizan para afirmar la certeza jurídica y su efectividad.

## 6.2. Responsabilidad de los politólogos y de los neoconstitucionalistas

En 1961 Emile Giraud publicó un extenso trabajo cuyo llamativo título señalaba la responsabilidad de las facultades de Derecho en el declive de la democracia francesa<sup>62</sup>. Este estudio contrasta con otro no menos significativo, aparecido cinco años

<sup>58</sup> François, Bastien: «Justice constitutionnelle et «democratie constitutionnelle». Critique du discours constitutionnaliste européen», en *Droit et politique*, cit., p. 57.

<sup>59</sup> En el mismo sentido D. Rousseau: op. cit., p. 50.

<sup>60</sup> Esta es la acertada opinión de Jean Louis Seurin: Introducción a *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Económica, París, 1984, pp. 16, 40, 41. La idea procede de Ferdinand Lassalle.

<sup>61</sup> Sobre la complementariedad entre la ciencia política y el Derecho constitucional, cfr. las interesantes consideraciones de Jacques Chevalier: *Science de Droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité de Droit et Politique*, cit., pp. 253, 257 y ss., 260.

<sup>62</sup> Giraud, Emile: «La responsabilité des facultés de droit dans la déclin de la démocratie française», en *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, marzo-abril de 1961.

antes, de Georges Burdeau<sup>63</sup>. Este último sostiene que el concepto de Constitución es una supervivencia.

Mientras el trabajo de Giraud apenas, que yo sepa, alcanzó difusión, el de Burdeau, politólogo y constitucionalista, se ha difundido. Los neoconstitucionalistas lo utilizan como punto de arranque para defender su noción jurisprudencial de la Constitución. En cierta medida lo emplean *pro domo sua*.

Giraud señala la tendencia de los constitucionalistas a manifestarse como puros juristas confinándose dentro de los límites del Derecho. Sin embargo, ese examen de la Constitución no permite formarse una idea ni siquiera aproximada de la vida constitucional de un país.

Por otro lado, los profesores de Derecho sonrían cuando se les habla de la ciencia política porque para ellos es algo inconsistente, fantástico, carente de carácter científico y de interés real. Esta ignorancia se debe a que a diferencia de la economía política, que la han estudiado, desconocen la ciencia política.

Todo régimen político es más que una Constitución. Su interpretación corresponde tanto a los poderes políticos como a los Tribunales. Un régimen político es, a la vez, una filosofía de las instituciones, de los procedimientos y del uso que se hace de ellos. Cuando se habla de filosofía se trata de las creencias, de las ideologías, de las concepciones morales sobre las que descansan las sociedades y los regímenes políticos. Así, por ejemplo, la filosofía de la democracia se apoya por lo general en el respeto del hombre. Ahora bien, la concepción francesa, racionalista, al rechazar todo absoluto es muy diferente de la concepción anglosajona impregnada de calvinismo.

Tradicionalmente los profesores de Derecho constitucional desprecian la vida política. Empero, hay que insistir en que el Derecho constitucional es un marco donde se desenvuelve la vida política y gubernamental que muchas veces es más importante que su marco. Giraud, añade que la enseñanza del Derecho constitucional, según los juristas, consiste, esencialmente, en el conocimiento de las reglas que se tratan de explicar, aplicar e interpretar. En este orden de cosas, en la medida que los fenómenos extrajurídicos no versan sobre las normas, deben apartarse o a lo sumo considerarlos accesorios.

La misión de las facultades de Derecho se centraba, a principios del siglo pasado, en las formas técnicas del Derecho: magistrados, abogados, notarios, etc., de modo que convenía aprender el Derecho sin distraerse con cuestiones adyacentes. Este criterio se aplicó al Derecho privado y luego al Derecho constitucional. Al establecerse la III República se inició una tendencia orientada a profundizar el estudio del gobierno sin restringirlo al estudio de la historia y al comentario de las reglas de la Constitución.

No obstante, prevaleció el criterio, en los centros jurídicos, que la política carecía de rigor científico. Además, el jurista tradicional menospreciaba la política: mientras

---

<sup>63</sup> Burdeau, Georges: «Une survivance: la notion de Constitution» en *L'évolution du Droit public. Etudes offertes a M. Mestre*, Sirey, París, 1956.

los constitucionalistas se preocupaban de la correcta aplicación de las normas, los políticos caían en un embrollo de intrigas, ambiciones, pasiones y cegueras de modo que el jurista jamás debería ensuciarse las manos en él.

No hay que olvidar, señala Giraud, que el Estado no es sólo un fenómeno jurídico. También es político de modo que pretender desentenderse de la política y abandonarla a su triste destino, al empirismo de los políticos, es un error. Aún más: una estupidez.

Acertadamente el profesor francés advierte que es la política, como objeto científico y no como mera actividad, la que los profesores de Derecho constitucional deben apreciar, precisando que la ciencia política, que califican con desdén, no es un cajón de sastre ya que cuenta con una metodología avanzada que no debe despreciarse. En consecuencia, la ciencia política es inseparable del Derecho constitucional pues este último no puede por sí solo comprender la vida política y los graves problemas que la movilizan.

En conclusión, la responsabilidad de los profesores de Derecho es grave. No han cumplido con la misión de ser guías ilustrados y desinteresados del pueblo y de inspiradores de las instituciones y de los hábitos políticos. Su estrecha especialización, una cultura limitada, un defecto de espíritu científico, les impiden cumplir esta difícil función. Son los mismos defectos de la Universidad demasiado compartimentada, demasiado tradicional y poco abierta a la vida.

A mi juicio, las opiniones de Giraud que he resumido, no significan que los aspectos omitidos carezcan de interés, son la réplica a las críticas de los neoconstitucionalistas. Ciertamente a veces exagera. ¡También los neoconstitucionalistas!

De este modo no se resuelve el dilema: Constitución contemplada desde el prisma técnico-jurídico excluyente-Constitución relativizada a los factores reales del poder. Cuando no hay mediación aprovechando lo acertado de cada una de estas posiciones, la querrela entre juristas/politólogos se convierte en una guerra académica apartada de la realidad.

## VII. UNA NOVÍSIMA POSICIÓN FRANCESA ANTE EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA MISMA

### 7.1. Los llamados «neoconstitucionalistas», taumaturgos de la «noción» de Constitución

El término «neoconstitucionalista» se debe al ilustre profesor Louis Favoreu<sup>64</sup> que ha influido en un sector bien conocido de la doctrina española.

A mi juicio, para moderar un poco el alcance triunfalista de esta expresión, es más significativo hablar de neopositivistas siempre que no se confunda con el neopositivismo

---

<sup>64</sup> Favoreu, Louis: «Propos d'un «neo-constituionaliste», en Introduction, a *Le constitutionnalisme...*, cit., p. 23.

en el campo estrictamente filosófico. Prefiero el término neopositivista porque los autores que se encuadran al cobijo de esa fórmula, mantienen los tópicos de un positivismo jurídico renovado. El triunfalismo de los neoconstitucionalistas y/o neopositivistas estriba en su insistencia en haber *redescubierto* la Constitución como base del ordenamiento jurídico, de modo que estamos asistiendo a la aparición de una especie de «neoconstitucionalismo». Después del último conflicto mundial percibimos en Europa una extraordinaria valoración de la noción de Constitución mediante la intervención de la justicia constitucional cuyo despliegue constituye uno de los fenómenos más importantes de los últimos años<sup>65</sup>.

¿Se trata, realmente, de un re-descubrimiento de la noción de Constitución? Me parece que no.

En efecto, desde principios del siglo XIX con el *Chief iustice*, John Marshall, los norteamericanos inauguraron la función de la justicia constitucional. Más adelante se afirmó que la Constitución es lo que los jueces dicen y basta recordar a Lambert que escribió sobre el gobierno de los jueces. Son cosas sabidas que cobran nuevo sentido ante la seducción que el modelo de justicia constitucional hace relativamente poco ejerce sobre sectores más o menos amplios de la doctrina. Sucede al revés de lo que le pasó a Colón, quien buscando un paso nuevo para la ruta de Indias descubrió un nuevo mundo. Los neoconstitucionalistas-neopositivistas descubren lo que ya era conocido.

Otros como Dominique Rousseau<sup>66</sup> emplean el término *resurrección*. Acaso, con cierta perversidad por mi parte, parece como si la «noción» de Constitución hubiera muerto de modo que por virtud admirable de hacer cosas extraordinarias los neoconstitucionalistas-neopositivistas, como nuevos taumaturgos, han resucitado la «noción» fallecida de la Constitución.

Esto no significa que desdeñe las aportaciones que los neoconstitucionalistas han hecho al campo de nuestra disciplina. Al contrario, he percibido la elegancia de sus construcciones, la finura de sus observaciones y de sus conclusiones. No obstante, no puedo aceptar los residuos positivistas de sus posiciones.

Por otro lado, observo que los autores que se encuadran en esta dirección hablan de la *noción de la Constitución* en lugar del *concepto de la misma*. En castellano, noción no coincide, exactamente, con concepto en el campo científico. La primera es un conocimiento *elemental* de algo, de manera que si lo empleamos, salvo si queremos usar ese término para no incurrir en monotonía, degradamos el significado profundo de la Constitución de suerte que todas las argumentaciones más o menos complejas que sobre aquélla desarrollan los neoconstitucionalistas son elementales, entonces el re-descubrimiento y la resurrección no cuadran con una denominación desafortunada.

<sup>65</sup> Favoreu: *Ibidem*. Tres años antes el profesor Favoreu utilizó el término neoconstitucionalista en su trabajo: «Droit et loi. Brèves réflexions d'un constitutionnaliste», en *La Philosophie a l'épreuve du phénomène juridique*. Droit et Loi, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 9.

<sup>66</sup> Rousseau, Dominique: «Une résurrection: la notion de Constitution», en *Revue de Droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1, 1990, p. 5.

En efecto el concepto de Constitución presupone exigencias gnoseológicas y epistemológicas imprescindibles, como ocurre en la doctrina constitucional de Kelsen al que a veces recurren. Autor que como es sabido se caracteriza por su fundamentación gnoseológica y epistemológica neokantiana.

Si queremos entender, comprender la Constitución deberemos captar su esencia y no relativizarla a la noción y se sostiene que la noción, conocimiento elemental, equivale al concepto, entonces desustancializamos la Constitución y nos quedamos con los aspectos formales, procesales y funcionales para resguardar los derechos fundamentales, función, sin duda alguna, capital pero que no agota la esencia constitucional.

En cambio Rials<sup>67</sup> aunque también usa el término noción de Constitución, analiza las *incertidumbres* de esa noción durante la V República.

Coincide con los neoconstitucionalistas al señalar el importante papel desempeñado por el Consejo Constitucional a partir de su decisión de 16 de julio de 1971 sobre el valor del Preámbulo de la Constitución<sup>68</sup> y en algunos otros puntos.

Sin embargo, se aparta del neopositivismo de los neoconstitucionalistas cuando afirma que existen algunos principios-base de todo el movimiento jurídico, principios que el ordenamiento jurídico, mediante la interpretación de la declaración de 1789, no se permite constituirlos sino que los *reconoce* como anteriores y superiores, naturales e imprescriptibles<sup>69</sup>.

Además, el mencionado autor argumenta sobre la legitimidad teórica de la *idea de supra-constitucionalidad* lo cual –precisa– puede sorprender en la era del formalismo positivista dominante<sup>70</sup>.

Por último –y esto me interesa subrayar porque corrobora nuestra posición sobre la encrucijada constitucional– Rials concluye su estudio afirmando que en la contradicción de la necesidad teórica de la supraconstitucionalidad y en la dificultad, para los espíritus contemporáneos, de aceptarla, radica, profundamente, la crisis de la noción de Constitución. Sólo superándola, es decir, reencontrando la adhesión de los espíritus a una necesidad fuera de la cual sólo hay sitio para la relación de las fuerzas, podremos salir de la desagradable incertidumbre en la que nos encontramos<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Rials, Stéphane: «Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V République», en *Revue de Droit public et la Science politique*, en France et à l'étranger. Centième année, 1984, p. 587.

<sup>68</sup> Rials: loc. cit., p. 594.

<sup>69</sup> Rials: loc. cit., p. 603.

<sup>70</sup> Rials: loc. cit. p. 604.

<sup>71</sup> Rials: loc. cit., p. 606. Este estudio de Rials me parece muy interesante, así como su propuesta final. Ahora bien, me asalta este interrogante: ¿Cuál es la noción de la Constitución que mantiene? Cabe, más o menos, inferirla de su argumentación pero si no lo logramos persistiremos en la incertidumbre.

## 7.2. Aparición de la noción jurisprudencial de la Constitución en la doctrina constitucional francesa actual

Los neoconstitucionalistas suelen referirse al artículo ya citado de George Burdeau<sup>72</sup> que consideró, en 1956, a la Constitución como una supervivencia y subrayó su declinación. Ahora bien, a partir de los años 70 las cosas han cambiado espectacularmente en la medida que el Consejo Constitucional ha contribuido, radicalmente, a establecer un nuevo espacio con sus propias reglas diferentes de los otros espacios institucionales (legislativo y administrativo) de suerte que así se ha operado la transformación de los conflictos políticos en jurídicos. Su característica fundamental –escribe D. Rousseau<sup>73</sup>– consiste en que una cuestión política ya no es gestionada directamente por la clase política puesto que se confía a un tercer «mediador»: el Consejo Constitucional, cuya primera tarea es operar una «traducción», en términos jurídicos, de todos los aspectos de la cuestión para convertirla en problema jurídico pudiendo tratarse según las reglas, principios y técnicas propias de los debates jurídicos.

A partir de los años 1971-1974 todos los observadores –afirma en otro escrito<sup>74</sup>– coinciden en que la Constitución cada vez es más jurisprudencial: acto, sin duda escrito, pero escrito por el juez constitucional. Esto no significa que el Derecho constitucional jurisprudencial sea el acta de defunción de la Constitución. Sólo lo es de cierta idea de la misma, puesto que ha surgido una nueva idea de la Constitución que se apoya en tres fundamentos:

- a) la garantía de los derechos de los gobernados;
- b) la oficialización de una idea del Derecho;
- c) la creación de un espacio abierto al reconocimiento indefinido de los derechos y libertades.

Ya no estamos ante la declinación, ante la muerte, ni ante una supervivencia (Burdeau), ¡sino ante un verdadero Lázaro constitucional!<sup>75</sup>.

Según D. Rousseau la actividad del Consejo Constitucional ha contribuido a ampliar la noción de la Constitución puesto que abarca además de los artículos relativos a los poderes públicos, a la Declaración de 1789 y a las disposiciones del Preámbulo de 1946. De este modo su jurisprudencia ha multiplicado los principios constitucionales garantizando los derechos de los gobernados, reconociéndoles un espacio separado de los gobernantes. Esto supone partir, en adelante, del ciudadano y no de los poderes públicos, de la sociedad civil y no de los gobernantes. Después de 1971 y más significativamente de 1974, la noción de Constitución como separación de poderes cederá el paso a la Constitución como Carta de los derechos y libertades. Nos

<sup>72</sup> *Loc. cit.*, en nota 63.

<sup>73</sup> Rousseau, Dominique: «Les constitutionnalistes. Les politiques et le «renouveau» de l'idée de Constitution», en *Droit et politique*, cit., pp. 44-45.

<sup>74</sup> Rousseau, Dominique: «Une résurrection...», cit., p. 4 y ss.

<sup>75</sup> D. Rousseau: *loc. cit.*, p. 6 y ss.

encontramos aquí –a mi juicio– ante una expresiva mutación constitucional operada por el Consejo Constitucional que se cumple, escribe ahora D. Rousseau, «*mediante una transformación (PLV)*» del modo de consagración de los derechos, transformación que, retrospectivamente, modifica profundamente el funcionamiento constitucional y en particular las condiciones en que se realiza la tarea gubernamental.

En este orden de cosas, el profesor francés sostiene que la Constitución –Carta de los derechos– es un acto que se interesa menos de la organización estatal, que de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Así, al establecer el principio de su separación y, sobre todo, al dar a cada una de las «partes» las instituciones propias que dan vida a esa diferencia: al Estado, a la sociedad política, los órganos parlamentarios y gubernamentales; a los ciudadanos, a la sociedad civil, el Consejo Constitucional.

Prescindiendo de varias objeciones a la fórmula que identifica gobernados y Consejo, no cabe discutir que desde el enfoque jurídico, la relación constitucional que al final se percibe es ésta: un Consejo que impone el respeto de los derechos de los gobernados a los órganos de la sociedad política. De este modo, el Consejo establece, al mismo tiempo, las bases sociales y filosóficas (*sic*) de la comunidad nacional<sup>76</sup>.

Esta conclusión del autor me parece un tanto utópica y no porque sea indeseable, sino porque convierte al Consejo Constitucional en un órgano taumatúrgico, capaz de traer el cielo a la tierra. Además olvida el papel transformador de la sociedad ejercido por los poderes públicos (cfr. Art. 3.2, Constitución italiana y 9.2 de la CE) que les *confía* la tarea *promocional* de una libertad e igualdad más reales y efectivas y la no menos importante misión de *remover* los obstáculos que lo impiden. Si el poder legislativo no dicta la legislación social conveniente; si la administración no ejecuta los mandatos legislativos en ese campo, la función interpretadora de los jueces quedará notablemente disminuida<sup>77</sup>.

A mayor abundamiento, afirmar que el Consejo Constitucional establece las bases sociales y *filosóficas* de la comunidad nacional es desmesurado. Es indiscutible que tales bases son anteriores a su jurisprudencia. Podrá contribuir, el Consejo, a transformarlas en alguna medida mediante las mutaciones constitucionales. En todo caso se encuentra con ellas como dato previo (las sociales).

Respecto a las bases *filosóficas* sucede lo mismo. Más bien tendrá que reconocerlas y contrastarlas con los nuevos requerimientos de la sociedad civil para, si lo estima conveniente, reinterpretarlas. En todo caso no puede ignorarse la *dimensión supra-constitucional* de los principios de 1789 según doctrina ya acreditada en la literatura de la III República.

<sup>76</sup> D. Rousseau: *loc. cit.*, p. 10.

<sup>77</sup> No entramos aquí en la cuestión de la función normativa de los jueces, contra las posiciones mantenidas por la doctrina que arranca del constitucionalismo liberal que se aferró a la famosa frase de Montesquieu sobre los jueces que pronuncian las palabras de la ley. Posición mantenida, con ligeras variantes, por los autores de la III República y que, desde luego, hoy es insostenible.

Por último, por mucho que se sostenga, implícitamente, la función taumatúrgica del Consejo Constitucional y por muchos conocimientos jurídicos, y de otra índole, que posean sus miembros, afirmar que aquél establece las bases filosóficas de la comunidad nacional implica ¡la conversión del Consejo en un Colegio correspondiente de la Academia francesa!

### 7.3. Constitucionalización de la política mediante los tribunales constitucionales

Dominique Rousseau, en una pequeña, pero clara y sugestiva monografía; dedicada a la justicia constitucional en Europa<sup>78</sup>, escribe que el Derecho constitucional considerado durante cierto tiempo como disciplina menor, se convierte en el Derecho-base de las demás ramas jurídicas. Por lo tanto, los Tribunales Constitucionales conocen los litigios sobre todas las materias: socioeconómicas, penales, civiles, mercantiles, administrativas. Los Tribunales Constitucionales se ven impulsados necesariamente a captar estas disciplinas organizándolas conforme a una misma matriz, a un idéntico fundamento: la Constitución concebida en sentido amplio e interpretada y desarrollada por los Altos Tribunales. Prodúcese así una penetración constitucional en esos campos<sup>79</sup>.

Conviene detenerse un poco en algunas afirmaciones rotundas del profesor francés porque son inexactas.

En efecto, D. Rousseau sostiene que el Derecho constitucional fue considerado durante mucho tiempo como disciplina menor. Desgraciadamente no precisa tan rotunda opinión. Por consiguiente, cabe decir todo lo contrario sin alegar las pruebas que lo contradicen. No obstante, basta con señalar la aportación alemana a finales del *Reich* Imperial, la francesa de entreguerras y la italiana a partir de V.E. Orlando. Respecto a la tesis que en virtud de la obra de los Tribunales Constitucionales la Constitución se convierte en el Derecho base de las demás ramas del Derecho, olvida que hace mucho tiempo el ilustre constitucionalista italiano, Pellegrino Rossi<sup>80</sup>, sostuvo que en el Derecho constitucional encontramos los epígrafes generales de todo el Derecho.

Conviene no exagerar el papel taumatúrgico atribuido a los Altos Tribunales. En otro lugar ya mencionado D. Rousseau muestra un optimismo juridizante<sup>81</sup>. Es cierto que junto a muchas consideraciones interesantes y acertadas, encontramos otras exageradas. Dicho de otro modo, el profesor francés está convencido de la capacidad juridificadora del Consejo Constitucional inseparable del poder de los profesionales del Derecho constitucional (léase de los neoconstitucionalistas). De su dominio de los instrumentos necesarios para transformar las cuestiones políticas en problemas jurídicos<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Rousseau, Dominique: *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestil, París, 1992.

<sup>79</sup> D. Rousseau: op. cit., p. 147 y ss., antes en otra obra suya: *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestil, París, 1990, p. 335, expuso esta idea.

<sup>80</sup> Rossi, Pellegrino: *Ouvres complètes de P. Rossi*, Librairie Guillaumin, París, 1866, vol. I, p. LVIII.

<sup>81</sup> D. Rousseau: *Droit du contentieux*, cit., p. 394 y ss.

<sup>82</sup> D. Rousseau: op. cit., p. 352.

Dicho con mi terminología: los neoconstitucionalistas subrayan el poder taumático del Consejo Constitucional que se convierte en un nuevo Rey Midas que todo lo que toca se convierte en juridicidad (normatividad)<sup>83</sup>.

La juridificación de la vida política por completo es una ilusión. Se apoya en un optimismo juridizante cumplido mediante las decisiones judiciales. Empero, hay fenómenos políticos irreductibles a la dimensión jurídica. Esto lo corrobora la práctica judicial de abstenerse mediante el *self-restraint* de los juicios de oportunidad, sin olvidar que en importantes decisiones judiciales laten elementos políticos indudables. Por ejemplo, cuando fallan sobre conflictos entre órganos estatales o entre Comunidades autónomas y el Estado.

#### 7.4. ¿Amenazan, los tribunales, la libertad?

A primera vista la pregunta parece estúpida por su inconsistencia. Incluso puede considerarse ofensiva a la elevada condición, sacra, del poder judicial.

No obstante, conviene aquilatarla. Por dos motivos: a) por el alcance problemático que alcanza. Examinar la función sacrosanta de la justicia como problema contribuye, también, a precisar su excelsa misión; b) en todo caso sirve para reducir el carácter taumático que los neoconstitucionalistas le atribuyen.

La cuestión no es nueva. Así, en 1958, W. Weber<sup>84</sup> examinó esta cuestión. Mucho antes Montesquieu<sup>85</sup> escribió: «... el poder de juzgar *tan terrible* (PLV) para los hombres». Advierte W. Weber<sup>86</sup> que el temor a los jueces es patente en los procesos políticos, en las guerras civiles y en los juicios de los vencedores sobre los vencidos al final de la guerra y en casos semejantes, pero esto no significa que la justicia sea terrible en situaciones normales.

A juicio del profesor alemán, el incremento extraordinario de las competencias judiciales encaminado a perfeccionar el Estado de Derecho de la República Federal de Alemania, ha estimulado esencialmente al entumecimiento de la vida social.

Ello se evidencia en la aplicación de la jurisdicción administrativa y de la justicia constitucional. La amenaza más clara a la libertad humana por el poder judicial se manifiesta cuando la esencia de la justicialidad y las decisiones judiciales se ejercen poniéndose al servicio del poder político o de la lucha de clases<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Kelsen mencionó al Rey Midas en el mismo sentido al sostener la juridificación (normativización de los elementos del Estado, pueblo, territorio y poder).

<sup>84</sup> Weber, Werner: «Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht der Richter», en *Freiheit der Persönlichkeit*, Alfred Kroner, Verlag Stuttgart, 1958, p. 81 y ss. En esta obra Gerhard Leibholz examina la amenaza de la libertad por el poder legislativo, p. 99 y ss. y Peter R. Hoffstater refiriéndose a los media y la propaganda, p. 11 y ss.

<sup>85</sup> Montesquieu: *Del Espíritu de las leyes* (trad. Mercedes Blazquez y Pedro De Vega), Tecnos, Madrid, 1972, p. 152.

<sup>86</sup> W. Weber: *loc. cit.*, p. 88.

<sup>87</sup> W. Weber: *loc. cit.*, p. 96 y ss.

A mi juicio, el trabajo de este autor no es concluyente y no porque su argumentación no sea acertada, sino porque el llamativo titular de su autor no cuadra con sus consideraciones.

A mi juicio, la «amenaza» de los Tribunales a la libertad no es cierta, sólo en casos excepcionales como en los Tribunales Populares en la «Depuración» de los enemigos del régimen totalitario o autocrático y en casos análogos. En consecuencia hay que precisar. Veamos.

¿Cuáles son los riesgos implícitos en la noción jurisprudencial de la Constitución?

A mi entender son estos: ante todo el desequilibrio de la estructura organizativa del Estado de Derecho basado en la separación de poderes; el uso unilateral de la construcción lógica jurídica para producir sus decisiones y el alejamiento de la vida social que condiciona la eficacia de la Constitución.

a) La noción jurisprudencial implica un desajuste y/o desequilibrio de la organización política (separación de poderes).

Los neoconstitucionalistas (neopositivistas) alteran el edificio del Estado de Derecho al dar preeminencia al Consejo Constitucional.

Ciertamente hace tiempo que el postulado de la separación de poderes no se concibe tan rígidamente como en el pasado<sup>88</sup> pero su significado esencial, limitación del poder, persiste y es un elemento capital del Estado de Derecho. En este orden de cosas hay que insistir sobre el riesgo inherente a una sublimación del poder de los jueces en perjuicio del legislativo y del ejecutivo. Esta afirmación no es propia sólo de la investigación académica; también se comprueba en la vida constitucional; cuando uno de los dos poderes adquiere relevancia singular no es difícil que sucumba a la tentación de invadir otras esferas, a saber, la legislativa y/o la administrativa.

En el caso de los Tribunales Constitucionales hay una opinión muy extendida que censura las tendencias a convertirse en terceras cámaras, e incluso, en terceras instancias judiciales.

Cuando esto se verifica, entonces, el equilibrio típico del Estado de Derecho se conmueve. Conviene precisar que al hablar del equilibrio no mantengo una posición mecanicista según la interpretación newtoniana de la doctrina de Montesquieu. No es el *libramentum*, o contrapeso de las armas de guerra. No es un artificio ni el encastre de dos piezas de relojería. Es indudable que el inmortal autor no consideró la separación de poderes como un artilugio mecánico fruto de la razón maquinante. En el Libro XI, capítulo 6, manifestó que el exceso de la razón no es siempre deseable. La razón jamás produce grandes efectos sobre el espíritu humano. Le preocupó la limitación y el afán de compromiso: quien lo diría, hasta la virtud necesita límites (XI, 4). Los poderes sin *ponderación* se extralimitan.

<sup>88</sup> Cfr. el escrito fundamental de Werner Kaegi: «Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung (Erstarre formelbleibende Idee-neue Formen)», en *Verfassungswirklichkeit. Festschrift für Han Huber zum 60. Geburtstag*, g. Verlag Stampfli & Cie., Bern, 1961, p. 158 y ss.

Hablamos de *ponderación*. Los poderes deben ser ponderados. Si hay un poder que está obligado a decisiones ponderadas éste es precisamente el judicial. Ciertamente el Tribunal Constitucional no integra el poder judicial. A tenor del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre de 1979, es el intérprete supremo de la Constitución independiente de los demás órganos constitucionales. Ahora bien, su funcionamiento y procedimientos son semejantes a los de la función judicial. En consecuencia, la noción neoconstitucional de la Constitución jurisprudencial parece desmesurada, no es ponderada pues aunque la función del Consejo Constitucional sea muy importante, es sólo una parte del concepto de Constitución en el orden doctrinal, teórico, y también en el práctico, pero no puede adueñarse de toda la *Constitución* y, por supuesto, del *plus* que la integra, basa y dinamiza.

La *razón maquinante* típica de un sector de doctrina francesa, los neoconstitucionalistas (neopositivistas), incurren en el error de considerar la parte por el todo y aunque las atribuciones del Consejo Constitucional sean elementos relevantes e incluso numerosas —no todas—, es menester ponderar tanto su noción de Constitución como sus conclusiones prácticas: *non numero haec iudicatur et judicantur sed pondere*.

El ejemplo norteamericano parece fascinar a la tendencia neoconstitucionalista. La famosa afirmación del presidente de la Corte Suprema, Hughes: «Estamos regidos por una Constitución, pero ésta es lo que los jueces dicen» puede servir de lema a los mantenedores de la noción jurisprudencial de Constitución.

Las decisiones del Consejo Constitucional —comenta Turpin<sup>89</sup>— se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Por lo tanto, el Derecho constitucional se hace esencialmente jurisprudencial con el Derecho administrativo francés y los *nuevos exegetas* (PLV) se interesan sobre todo de las grandes decisiones o de las grandes sentencias.

Ahora bien, prescindiendo de que los trasplantes de instituciones no son siempre acertados, el monopolio del concepto y de la práctica de la Constitución por los Tribunales Constitucionales, conduce, a veces, a que estos no se limiten a defender y a interpretar, como instancia máxima, la Ley Fundamental sino a enseñorearla. Expresándolo en términos alemanes: no se reducen a ser el *Hüter* de la Constitución, sino el *Herr* de la misma.

b) *Uso excluyente del método constructivo, lógico-jurídico para entender e interpretar la Constitución.*

Max Weber escribió páginas memorables para describir el *constructivismo jurídico*<sup>90</sup>. «Por construcción —escribió— entendemos la determinación de los elementos jurídicamente relevantes de una acción comunitaria o consensual que se desarrolla en

<sup>89</sup> Turpin, Dominique: *Droit Constitutionnel*, con la colaboración de Jan-Pierre Massias, Presses Universitaires de France, París, 1992, p. 6.

<sup>90</sup> Weber, Max: *Economía y Sociedad*, vol. III: *Tipos de Comunidad y Sociedad* (trad. Eduardo García Mainez y Eugenio Imaz), Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p. 24 y ss.

forma típica, y de la lógica (es decir, exenta de contradicción) que permite coordinar tales elementos o, lo que es igual: pensarlos en una «relación jurídica». Aunque la manipulación constructora requiera elementos analíticos, sin embargo un análisis altamente sublimado puede coincidir con una deficiente captación constructiva de las relaciones vitales jurídicamente relevantes y, a la inversa: la síntesis de una «relación jurídica» resulta relativamente satisfactoria desde el punto de vista práctico, a pesar de la insuficiencia de él o precisamente por las limitaciones del mismo.»

No es menester insistir que el constructivismo jurídico es incapaz de resolver las numerosas y complicadas relaciones políticas, sociales, económicas y culturales puesto que la lógica deductiva, generalizadora y la continuada aplicación del silogismo para explicar y resolver las decisiones judiciales hace tiempo que fueron criticadas con pleno acierto. Basta recordar al segundo Ihering y las posiciones contemporáneas sobre el tema.

En nuestros días cuando se sostiene, por ejemplo, que los conflictos entre órganos constitucionales deben solucionarse aplicando el *método técnico-jurídico*, tan acreditado en la doctrina constitucional italiana que tanto ha influido e influye en la nuestra, hay que aquilatar qué se entiende por tal método.

En principio decir que el Derecho, en nuestro caso el Derecho constitucional, debe servirse sólo del método técnico-jurídico es una tautología. Si se quiere decir que con arreglo al viejo y denostado constructivismo jurídico, es decir, de una lógica jurídica, excesivamente formalizada, entonces retrocedemos a posiciones superadas con todos sus inconvenientes. Si, por otro lado, se afirma que ha de limitarse a la consideración estrictamente normativista, hay que ajustarse a la pureza metódica kelseniana; si se añade la faceta institucional del Derecho es claro que se corrige el unidimensionalismo normativista del maestro de Viena, pero con la condición que se reconozcan, las raíces sociales de las instituciones y sus referencias axiológicas.

La interpretación de las normas constitucionales ha de hacerse según el artículo 3.1 del Código Civil. Este dispone que las normas jurídicas se interpretarán no sólo según los criterios tradicionales que datan de Savigny y de sus seguidores (interpretación gramatical, sistemática, antecedentes históricos y legislativos) puesto que añade: «... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Encontramos así, en esta última afirmación, un correctivo al constructivismo jurídico, al uso de una lógica formalista alejada de la realidad social.

Indudablemente, hay una técnica para la aplicación del Derecho. Kelsen calificó al derecho como una técnica social pero el Derecho no se agota en la tecnicidad. La técnica es una herramienta muy útil para el menester jurídico, indispensable para su práctica forense, administrativa, diplomática, etc.

Lo importante es que la técnica esté al servicio de la vida y en este caso a la vida de derecho. Por eso, la técnica no es un fin en sí misma; tampoco debe permitirse que degenera en manipulación. La técnica jurídica debe admitir unos supuestos, unos

prenotados, que la dirijan. Como escribió Spengler<sup>91</sup>: «La creencia en un saber sin supuesto caracteriza la enorme ingenuidad de las épocas racionalistas.» «La cultura occidental en nuestros días (en 1922) está viviendo una orgía de pensamiento técnico en proporciones verdaderamente trágicas»<sup>92</sup>.

Es cierto que los que siguen el método técnico-jurídico excluyente no admiten los excesos tecnológicos. Las críticas a la abrumadora presencia de contenidos tecnológicos en el reciente tratado de la Unión Europea (Maastricht) la suscriben muchos juristas. Lo que se trata es de evitar la sustitución del *homo iuridicus* por el *homo technocraticus*. Quiero decir que el neo-constructivismo lógico, latente todavía en el método técnico-jurídico, encuentra no pocas dificultades para explicar convenientemente, por ejemplo, los valores superiores del ordenamiento jurídico (Art. 1.1 de la CE); la dignidad de la persona humana (Art. 10.1 de la CE); la distinción entre ley y Derecho (Art. 103.1); la esencia del Derecho fundamental (Art. 153.1 de la CE) y los derechos históricos (Disposición Adicional 1ª de la CE).

c) *Alejamiento del constructivismo lógico-jurídico de la realidad social.*

No es necesario insistir en lo anterior. Gran número de juristas lo han subrayado<sup>93</sup>. Es una cuestión recurrente sobre la cual no voy a insistir.

En definitiva, el papel desempeñado por los Tribunales Constitucionales ha suscitado hace tiempo en la doctrina, frecuentes disputas que es innecesario recordar. Respecto al Consejo Constitucional francés, Terre<sup>94</sup> ha escrito, recientemente, que la progresiva extensión del «gobierno de los jueces» suscita cada vez más controversias e inquietudes.

Esto no significa desconocer su importantísima función y el relevante servicio que han desempeñado para interpretar y aplicar los mandatos constitucionales. Sin embargo, sostener la *noción* jurisprudencial de la Constitución es una exageración no exenta de riesgos. La experiencia constitucional norteamericana enseña que cada poder ha tenido su *chance*: gobierno congresional (W. Wilson); *gouvernement des juges* (Lambert) neutralizado por Roosevelt cuando la crisis socioeconómica con el *New Deal* y el *presidential government* que llega a nuestro tiempo. No cabe duda que la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de 1803 ha realizado y sigue haciendo labor encomiable. No obstante, la ponderación ha sabido remontar los desequilibrios entre los tres poderes.

<sup>91</sup> Spengler, Oswald: *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una morfología de la historia universal* (trad. por Manuel G. Morente), XII edición, volumen II, Espasa-Calpe, Madrid, 1976, p. 315.

<sup>92</sup> Spengler: op. cit., p. 580.

<sup>93</sup> Remito al lector interesado al libro: *Desajustes entre norma y realidad*, Edelval, Valparaíso, 1986. En esta obra colectiva figuran títulos significativos: «La ley como sustituto de la realidad», de Godofredo Stupzin, p. 43 y ss.; «Desajuste entre norma y realidad en el devenir histórico jurídico hispano-chileno», de Aldo Topasio Ferreti, p. 57 y ss.; «Desajuste entre Norma y Realidad. Contenido Económico de los Derechos Fundamentales y Realidad Socio-Económica», de Roberto Mayorga, p. 71 y ss. Colaboran los profesores Antonio Pedrals, Antonio Bascuñan, Mario Cerda Medina, Luis Alberto Viera, Pedro F. Silva Ruiz y Marcelo L. Contreras.

<sup>94</sup> Terre, François: *Introduction générale au Droit*, Précis, Dalloz, 1991, p. 139.

## VIII. PRESUPUESTOS IDEOLÓGICOS Y CONDICIONAMIENTOS SOCIOECONÓMICOS DE LA NOCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN

### 8.1. Presupuestos ideológicos

A pesar del triunfalismo de los neoconstitucionalistas-neopositivistas su noción jurisprudencial de la Constitución olvida los elementos ínsitos en el *concepto sobre la Constitución* aunque puede apoyarse en el contexto de la Constitución en la Constitución.

¿Qué significa esta frase probablemente alambicada?

Quiero insistir en decir que su *noción* de Constitución es conocimiento elemental y parcial.

En efecto, es elemental porque con su ímpetu taumatúrgico de *resucitar* la Constitución incurre en el déficit antes explicado. Parcial porque olvida y niega o rechaza el concepto sobre la Constitución, el *plus* de la misma indispensable para comprenderlo. Por último, encuentra base para apoyarse en preceptos constitucionales para ofrecer un concepto, sin embargo de modo unilateral, del concepto de la Constitución *en* la Constitución.

En el concepto *sobre* la Constitución figuran aspectos ideológicos; es su *techo* ideológico.

Esto nos lleva a precisar cuál es la ideología constitucional de los neoconstitucionalistas. A pesar de sus protestas de neutralidad, objetividad y de tecnicidad jurídica, están influidos, por una *ideología* neoliberal. Por esto no deben irritarse, pues aquí *ideología* no la utilizamos en el sentido peyorativo de Napoleón, ni el marxista de enmascaramiento de la realidad injusta.

D. Rousseau<sup>95</sup> está plenamente convencido que la Constitución se ha convertido en una carta jurisprudencial de derechos y libertades y en el fundamento jurídico y político francés. Mediante la actuación del Consejo Constitucional es la base formal y material del sistema jurídico<sup>96</sup>.

Ahora bien, ese fundamento, ¿cómo ha de concebirse?

¿Corresponde a los miembros del Consejo Constitucional establecer ese fundamento? ¿O más bien se encuentra *ínsito* en la Constitución por entero y no sólo en los derechos fundamentales? ¿Fijamos ese *fundamento* en una *Grundnorm* kelseniana, hipótesis formal, *ficción* entendida en sentido formal vacía de contenido? Por supuesto, no es ésta la tesis neoconstitucionalista. Ocurre sencillamente, que los derechos y libertades fundamentales son, insisto, un sector relevante de la Constitución pero no la agotan.

<sup>95</sup> D. Rousseau: *Droit du contentieux constitutionnel*, cit., p. 305.

<sup>96</sup> D. Rousseau: op. cit., p. 340.

Por otro lado, ellos no insisten expresamente como los colegas alemanes, en que el fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo, reposa en los derechos humanos inviolables e inalienables (Art. 1.2 de la Ley Fundamental alemana), ni como reza el artículo 10.1 de nuestra Constitución cuando indica que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes... «son fundamento del orden político y de la paz social». Si lo hicieran les llevaría a postulados iusnaturalistas inconciliables con su positivismo renovado.

Por otro lado, no se refieren, como el texto alemán, al abuso de los derechos que el artículo 18º enumera para combatir el orden fundamental liberal-democrático (*freiheitliche demokratische Grundordnung*).

Así, pues, por mucho que insistan en que su noción jurisprudencial de la Constitución la ha resucitado, merced al papel del Consejo Constitucional en su tutela de los derechos y libertades como base de aquélla, olvidan el contenido y función del orden fundamental demoliberal, apoyo firme de la Constitución dejándola desarbolada. Ciertamente podrán responder que tales derechos y libertades, que pueden incrementarse, traducen el mencionado orden. Ahora bien, no basta. Es menester decirlo claramente entre otras cosas porque dicho orden *liberal-democrático* identifica, sin duda, a la Constitución y por eso, el texto germano se cuida muy bien de protegerlo, no sólo ante los ataques y abusos contra aquél, también ante las mutaciones constitucionales ilegítimas (cfr. el Art. 79º de la Ley Fundamental alemana). Rechaza, al final, la modificación de los artículos 1º (dignidad humana y derechos humanos) y el 20º define a la República Federal alemana como un Estado federal, democrático y social.

## 8.2. Condicionamientos socioeconómicos

La interpretación de los neoconstitucionalistas de la Constitución Francesa como noción jurisprudencial, defiende la economía de mercado. No intento objetar esta postura neoliberal. Es sabido que este modelo socioeconómico se ha extendido en el mundo occidental al que quieren ajustarse Rusia y los antiguos países satélites de la fracasada URSS. Es decir, abandonan el modelo de economía colectivista y la ideología marxista-leninista que le informaba sustituyéndolo por el neoliberal capitalista. Intentan sustituir el materialismo marxista por el materialismo consumista como numerosas autoridades morales, entre ellas Su Santidad el Papa Juan Pablo II, señalan.

Lo dice, rotundamente, D. Rousseau<sup>97</sup>: el primer elemento constitutivo de este proyecto es la consagración de la economía de empresa libre, el régimen capitalista, como principio de organización económica de la sociedad francesa y cita la decisión de 16 enero de 1982 del Consejo Constitucional que lo corrobora. Y más adelante concluye: «el Consejo Constitucional ha construido una Constitución-representación de un orden capitalista en su organización económica democrática y en su organización política. Se puede alabar esta «idea de Derecho» o dilipendarla; se puede también decir,

<sup>97</sup> D. Rousseau: *Une résurrection...*, cit., p. 10 y ss.

más simplemente, que con el Consejo, la Constitución deviene un texto vivo que contribuye en consecuencia a hacerlo evolucionar»<sup>98</sup>.

Corresponde a enjuiciamientos políticos, no en sentido científico sino partidarios, elegir el modelo socioeconómico de libertad de empresa, de economía de mercado, concebido en sentido capitalista como hace D. Rousseau. La cuestión debe enfocarse desde el punto de vista ético, axiológico: ¿Es la economía de mercado la solución más justa y por tanto moral para organizar y hacer funcionar la sociedad política? ¿Es el impulso de acumulación de riquezas de unos cuantos y el empobrecimiento de muchos la mejora política social y económica? Estos y otros interrogantes conexos configuran el problema capital de nuestro tiempo finisecular.

Aquí sólo me interesa subrayar que una entusiasta adscripción al modelo de economía de mercado, que ni siquiera antepone el adjetivo social, suscita no pocas inquietudes teóricas y prácticas. ¿Cómo se concilian la economía de mercado (Art. 38º de la CE) con los principios rectores de la política *social* y económica del Capítulo XIII, Título Primero y con el artículo 9.2 de nuestro texto constitucional?

La respuesta es compleja y extensa. En este caso excede los límites de este discurso. En consecuencia se plantea otra encrucijada tanto en el campo doctrinal como en el político.

## IX. CONSTITUCION Y POSTMODERNIDAD

### 9.1. La expresión postmodernidad

Antes de aportar algunos datos sobre el término postmodernidad, me interesa recordar una afirmación que suelo reiterar en mis explicaciones de cátedra y en mis escritos. Es ésta: cuando una tendencia filosófica, literaria, estética, científica, etc., adquiere en su correspondiente campo suficiente madurez, alcanza difusión y es sugerente, no es raro que influya en otros territorios más o menos alejados de la tendencia originaria. Así, el romanticismo influyó en el pensamiento jurídico (romanticismo de la Escuela Histórica de Savigny con su concepto del *Volkgeist* en cuanto fundamento y origen del Derecho<sup>99</sup>).

El darwinismo en el segundo Ihering: «La lucha por el Derecho»; en Gumplovitch; en las consideraciones de Novicow sobre política internacional y en Lord Bryce, etc. Por consiguiente no es asunto ocioso escudriñar en qué medida el postmodernismo ha influido en la teorización del Derecho constitucional. Esta disciplina es tan sensible como un sismógrafo que detecta los movimientos telúricos que afectan a la corteza normativa e institucional del Derecho fundamental.

<sup>98</sup> D. Rousseau: *loc. cit.*, p. 15.

<sup>99</sup> Cfr. lo que escribió sobre esto Carl Schmitt: «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2ª edición, Duncker und Humblot Berlín, 1973, p. 416-417.

Es cierto que no hay que incurrir en una especie de *telurismo constitucional*, es decir, en la influencia del suelo de una región sobre el Derecho<sup>100</sup>.

Al hilo de estas consideraciones la discusión y el nombre *postmoderno* surgieron en los Estados Unidos en los años treinta en el campo científico-literario. Aunque, como advierte Willms<sup>101</sup> hay anticipaciones en el campo de la historia de la filosofía. Así en el nominalismo. Mucho más adelante el profesor Chapman, en 1870, en el filósofo Rudolfg Pannwitz, 1917, y en el profesor español de literatura Federico de Onis, 1934. En el campo de la historia Willms menciona a Arnold Toynbee en la abreviatura de su conocido *A Study of History*<sup>102</sup>.

Un paso más en el despliegue del pensamiento postmodernista lo encontramos en los sociólogos, así en la *Theorie des gegenwärtigen Zeitalters* de Hans Freyer y en Etzioni según Willms.

## 9.2. ¿Qué es el postmodernismo?

La pregunta anterior es difícil de contestar. En primer lugar, porque el que escribe estas consideraciones no es un experto para hacerlo con autoridad. En segundo lugar, porque reflexionando sobre los que han escrito sobre el tema, a mi juicio, no ofrecen una respuesta nítida. Estamos, pues, ante una cuestión ambigua, brumosa, aunque por lo que he podido colegir pueden subrayarse algunas características que suministran la clave para entenderla y, en consecuencia, aplicarla al campo jurídico-constitucional.

Ocurre con el término postmodernismo algo semejante a lo que en historia del arte lo manejan con soltura, lo describen, lo afirman y lo aplican a artistas importantes pero, al fin y al cabo, es un término y concepto convenido, que se aplica, con fortuna, a pintores, escultores y literatos para situar y entender sus obras<sup>103</sup>.

Una prueba de la vaguedad del concepto postmodernismo se deduce de las consideraciones de los sociólogos. El primero es el norteamericano Denzin<sup>104</sup>.

El profesor de la Universidad de Illinois (Urbana-Champaign) establece tres definiciones del postmodernismo. La primera señala que es lo que sigue al modernismo, después de la Segunda Guerra Mundial. Es una fase del capitalismo; un movimiento en las artes; una forma social, que no puede eludirse y es indefinible.

Esta es insuficiente. Decir que el postmodernismo sigue al modernismo es una obviedad y en todo caso requiere saber qué es el modernismo. Su referencia a la Segunda Postguerra Mundial puede ser significativa, como lo son las alusiones a la

<sup>100</sup> Recordemos las consideraciones de Bodino sobre el tema y la conexión que Duverger indica entre las dictaduras iberoamericanas y la frecuencia de los temblores terráqueos.

<sup>101</sup> Willms, Bernard: «Postmoderne und Politik», en *Der Staat*, volumen 28, cuaderno 3, Duncker und Humblot, Berlín, 1989, p. 324.

<sup>102</sup> Cfr. los datos que apunta Willms: *loc. cit.*, p. 325, sobre la arquitectura y la pintura postmodernista.

<sup>103</sup> Sobre el manierismo cfr. Arnold Hauser: *Historia social de la literatura y el arte*, trad., A. Tovar y F. P. Varas Rey, Ediciones Guadarrama, Madrid, volumen 2º, p. 509 y ss.

<sup>104</sup> K. Denzin, Norman: *Sage Publications*, London N, Enwburis Park, New Delhi, 1991, p. VII, 1 y ss.

revolución universitaria francesa de mayo de 1968 o la de los campus universitarios de los Estados Unidos o a los horrores de Auschwitz que indican otros autores.

Lo mismo cabe indicar cuando habla de un movimiento artístico o de una forma de teoría social. En suma, algo impreciso pues no basta apuntar datos cronológicos. Reconoce Denzin que es algo indefinible.

La segunda definición considera la postmodernidad como una serie de experiencias emocionales: resentimiento, enojo, enajenación, ansiedad, pobreza, racismo y sexismo como consecuencia lógica y cultural del capitalismo tardío.

Esa definición apunta características psicosociales del postmodernismo pero no agotan su contenido.

Por último, Denzin se refiere a la personalidad, al yo personal (*self*) que incluye las múltiples contradicciones del postmodernismo cuya misma experiencia cotidiana se cumple mediante la generación, la clase y las identidades conexas racial y socialmente.

En esta última descripción el autor recurre a aspectos sociológicos que intentan completar los apuntes anteriores.

A continuación Denzin expone el movimiento postmoderno como sigue: anhelo *nostálgico del pasado* y conservador del mismo combinado con borrar las fronteras entre el pasado y el presente; intensa preocupación por lo real y sus representaciones: pornografía de lo visible; combinación de la sexualidad y el deseo; cultura consumista que objetiviza una serie de ideales culturales de lo masculino e intensas experiencias, configuradas por la ansiedad, la enajenación, el resentimiento y el distinguirse de los demás.

Estamos ante una amplia enumeración de datos psicosociales que el autor descubre en la cinematografía norteamericana y en sus símbolos. En definitiva, se trata de un interesante ensayo que aporta muchos datos y sugerencias. Es típicamente norteamericano, tanto por su estilo literario, como por su contenido<sup>105</sup>.

Me parecen más aprovechables las páginas del sociólogo francés Touraine<sup>106</sup> sobre este asunto.

Según el sociólogo francés, ya no es posible sostener que las condiciones del crecimiento económico, de la libertad política y de la felicidad individual sean análogas e interdependientes puesto que la disolución de la estrategia económica y de la construcción de un tipo de sociedad, de cultura y de personalidad, se realizó muy de prisa. Esto fue «...lo que dio nombre y definió la idea de *postmodernidad*. Si la modernización

---

<sup>105</sup> Cfr. el análisis interesante que hace de su lecturas: Baubrillard, Lyotard, Jameson y de la conocida obra de C. Wright Mills (*Sociological Imagination*, 1959) que aquí no vamos a reproducir.

<sup>106</sup> Touraine, Alain: *Crítica de la modernidad* (traducción de Mauro Armíño) 2ª edición. Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1993, p. 239 y ss. El autor estudia los postmodernismos, es decir, parece que existe una pluralidad de tendencias de la postmodernidad.

asoció progreso, cultura, la postmodernidad disocia lo que estaba asociado». Si el éxito económico ya no se une a la racionalidad del ingenioso sino al realismo del estratega, si ya no es por tanto un efecto de la ética protestante o del servicio a la nación sino del talento de un financiero o de la audacia de un jugador –en el sentido en que hablamos de la teoría de los juegos–, hay que renunciar tanto a la herencia de Weber como a la de Condorcet, y, por consiguiente, definir la cultura sin referencia al progreso de la racionalización, es decir, saliendo del dominio de la acción histórica»<sup>107</sup>.

Touraine<sup>108</sup> observa cuatro corrientes, por lo menos, que rompen con la ideología modernista. La primera define a la postmodernidad como una *hipermodernidad* semejante a la concepción de Daniel Bell cuando calificó a la sociedad postindustrial como *hiperindustrial*. Esta caracterización de lo moderno parece superficial pero Touraine precisa que se trata de una cultura caleidoscópica –aquí coincide con Denzin sin mencionarlo– en tanto que no renuncia a la modernidad aunque la reduce a la construcción de imposiciones técnicas que sólo llaman la atención por su novedad y por sus proezas técnicas rápidamente superadas.

Siguiendo en el campo sociopolítico, la política ya no pretende «cambiar la vida» de modo que los Parlamentos pierden su papel representativo de las demandas sociales, se convierten en lugares donde se define, cada vez con mayor pragmatismo, la base de apoyo del poder ejecutivo. Este último se transforma en un gestor y banco. La «cuestión social» es sustituida por la «cuestión natural» como dice Serge Moscovice. Trátase de la supervivencia del planeta amenazada por la polución y la proliferación de las técnicas separadas de cualquier inserción sociocultural.

En tercer lugar, el hipermodernismo, como el antimodernismo, rompen con el historicismo, es decir, en vez de sostener la sucesión de las formas culturales optan por su simultaneidad. Ello supone la vuelta al politeísmo mezclado de ateísmo: «...lleva al extremo la ideología, la idea que (Weber) había sacado de Kant: si la modernidad se basa en la separación de las esencias y los fenómenos, y si la acción técnica y científica se sitúa únicamente en el segundo de estos dominios, nuestro espacio cultural y político es forzosamente politeísta, puesto que la unidad de exploración racional de los fenómenos se disocia de un mundo de dioses que, desde ese momento, ya no posee ningún principio de unidad. El postmodernismo se vuelve así *posthistoricismo* que es su sentido principal y lo que le presta su importancia»<sup>109</sup>.

En cuarto lugar, el movimiento postmodernista extrema la destrucción de la representación modernista del mundo. «Rechaza la diferenciación funcional entre los dominios de la vida social-arte-economía-política y su complemento, el uso por cada uno de ellos de la razón instrumental. Rechaza, por eso mismo, separación entre la cultura, tanto social y política como estética que se refiere a unos garantes metasociales del orden social –la razón, la historia, la modernización o la liberación de la clase obrera– y la cultura de masas.»

<sup>107</sup> Touraine: op.cit., p. 240.

<sup>108</sup> Touraine: op. cit., p. 241 y ss.

<sup>109</sup> Touraine: op. cit., p. 244.

### 9.3. Breve nota sobre la filosofía del postmodernismo

El lector experto en filosofía perdonará las imprecisiones e incluso las inexactitudes de esta nota. Espero que mi curiosidad intelectual mitigue esas deficiencias.

Ante todo el movimiento filosófico de la postmodernidad me parece que mantiene un *carácter crítico frente a la especulación del modernismo* tomado en sentido amplio, a saber, las ideas filosóficas mantenidas, principalmente por el existencialismo, el estructuralismo y la fenomenología<sup>110</sup>.

Esto no significa que no recurra a pensadores insertos en la modernidad concebida como racionalidad, tecnicidad, subjetividad, tomada como relación epistemológica entre sujeto-objeto y como especulación del progreso humano. Así influirá sobre los postmodernos el nihilismo de Nietzsche.

La postmodernidad revisa críticamente el pensamiento de la Ilustración y sus consecuencias últimas: optimismo antropológico, individualismo liberal, formalismo excesivo. Esto no significa que se incline por el socialismo o el marxismo.

El pensamiento postmoderno sostiene que la ausencia de fundamento es lo que constituye su condición. El «descubrimiento postmoderno consistiría en que esta muerte del ser como fundamento encierra una posibilidad diferente de existencia, hacia la que debería encaminarse cualquier consideración no meramente negativa del desarrollo de la cultura presente»<sup>111</sup>. Ello implica la sustitución de la teoría clásica del conocimiento por la hermenéutica en el pensamiento contemporáneo de suerte que el nihilismo realizado se convierte en *ontología hermenéutica*.

La posición postmoderna se caracteriza por su oposición a la «...violencia de la teología, de la metafísica, del racionalismo y de la ciencia, impregna de principio a fin, toda nuestra historia, manifestándose como pensamiento *fuerte* de sus lagunas, de sus dogmas, de sus fundamentos ontológicos, de sus criterios «objetivos» y este descomedimiento horroriza a una razón que rechaza la posibilidad de imponerse a la realidad y que tiende a entablar con ella una relación hermenéutica más cauta...»<sup>112</sup>.

Dentro del movimiento postmoderno conviene subrayar la tesis de Vattimo sobre lo que denomina pensamiento débil. Como punto de arranque significa el rechazo de una fundamentación única, última, normativa<sup>113</sup>. Es cierto, precisan Rovatti y Vattimo, que esa expresión es una metáfora y hasta una paradoja.

<sup>110</sup> Touraine: op. cit, pp. 245-246.

<sup>111</sup> No obstante Jean-François Lyotard, teórico del deconstructivismo, publica un excelente ensayo sobre el tema *La phénoménologie*, Presses Universitaires de France, 1954. Como se ve, este escrito es bastante anterior al auge del postmodernismo.

<sup>112</sup> L. Rodríguez González, Mariano: «Historia e interpretación. Sobre la dimensión filosófica de la noción de postmodernidad» en *Anales del Seminario de Metafísica*, Editorial Complutense, Madrid, núm. 26, 1992, p. 81.

<sup>113</sup> Crespi, Franco: «Ausencia de fundamento y proyecto social», en Gianni Vattimo y Pier Aldo Rovatti, editores: *«El pensamiento débil»* (trad. Luis de Santiago), Ediciones Cátedra, Madrid, 1990, p. 249. Por otro lado, el pensamiento *débil* (Vattimo) del postmodernismo entraña la crisis de la legitimación cuya consecuencia es la descomposición, desde la perspectiva política social, de los grandes relatos legitimantes. «Si estos se han tornado, en general, poco fiables, la consecuencia

Se trata de una manera de hablar provisional. Incluso de algo contradictorio, pero señala un camino, un sendero, que se separa del que sigue la razón –dominio, traducida y camuflada de mil diversos modos–. «Una senda por consiguiente, que, una y otra vez, habrá de intentar alejarse de los caminos trillados de la razón. Pero ya desde el principio puede descubrirse que constituye también la liberación de una cadena, la remoción de un obstáculo. O, mejor todavía, que equivale a asumir una determinada actitud: la del que intenta guiarse por una ética de la debilidad, que resulta, sin lugar a dudas, poco sencilla, bastante más ardua y menos reconfortante que las éticas al uso»<sup>114</sup>.

Empero, el «pensamiento débil» puede acercarse de nuevo *al pasado* a través de aquel filtro teórico que podría calificarse como *pietas*. En efecto, una inmensa cantidad de mensajes emitidos constantemente por la tradición, pueden de nuevo escucharse merced a un oído conscientemente capacitado para ello. De todos modos el pensamiento débil se abre también al *futuro* en contra de lo que a primera vista parece. «En efecto, ¿por qué no avanzar la hipótesis de que la retención del pensamiento fuerte pudiera conducir a un encuentro nuevo y más fluido, en un terreno distinto a aquél de las normas y de la disciplina, en que normalmente se establecen todos nuestros acuerdos?»<sup>115</sup>.

En definitiva, el pensamiento débil se encuentra también ante una encrucijada, a saber: ante el camino del pasado racionalista que sin embargo acerca a su sendero, y la guía –sin fundamento postmoderno–. Su crítica del *fundamentalismo* pasado es enérgica pero luego la debilita mediante la *pietas*.

Está teñido de escepticismo. Ahora bien, la recuperación de «aquella inmensa cantidad de mensajes» de la época moderna suscita esta pregunta: ¿Cabe sostener que ese rotundo rechazo de un fundamento único, último y normativo se convierta, mediante la recuperación de parte de los mensajes del pasado, para fijar una neo-fundamentación basada en la *pietas* y armonizarlo con la hermenéutica ontológica, con la estética y la ética de la debilidad? Una respuesta pertinente escapa a la capacidad del autor de este escrito.

Por otro lado, *el pensamiento postmoderno no sólo es crítico de la modernidad; además nace de su crisis y es intérprete de la misma*<sup>116 117</sup>.

---

crucial e inevitable no sería otra que la disolución del lazo social en sentido fuerte característico de la Edad Moderna» (Rodríguez Gonzalez, *loc. cit.*, p. 66) y añade más adelante: «La clase política continúa discutiendo de acuerdo con la retórica de la emancipación. Pero no consigue cicatrizar las heridas infligidas al ideal moderno durante casi dos siglos de historia» (p. 77). El profesor español se apoya en Lyotard: *La condición postmoderna. Informe sobre el saber* (trad. M. A. Rato), Cátedra, Madrid, p. 97. Conviene consultar la obra de Gianni Vattimo: *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna* (trad. Alberto L. Bixio), 3ª edición, Gedixa, Madrid, 1990.

<sup>114</sup> Pier Aldo Rovatti y Gianni Vattimo: *op. cit.*, p. 11.

<sup>115</sup> Rovatti y Vattimo: *op. cit.*, p. 16.

<sup>116</sup> Rovatti y Vattimo: *op. cit.*, p. 17.

<sup>117</sup> En cambio Daniel Innerarity: *Dialéctica de la modernidad*, Raialp, Madrid, 1990, p. 45 y ss. Precisa que la «...filosofía de la postmodernidad parece ser algo más que la toma de conciencia de la crisis del pensamiento moderno». Este libro me parece sugestivo y sus juicios acertados»: «La

La postmodernidad se refiere a acontecimientos ominosos pero emblemáticos: Auschwitz, Hiroshima, que revelan el fin del progreso y el Apocalipsis. El fin de la historia, frente a las utopías fallidas de la modernidad. De este modo crítica y crisis enlazan corroborando el sentido trágico de la convivencia que no supieron evitar el modernismo y sus representantes.

Así el pensamiento postmoderno con razón, critica la ética de la modernidad aunque tal vez exagerando, en la medida que la analiza unidimensionalmente: desvela su hipocresía, las alienaciones que produce, su falso humanismo; pero olvida otras vertientes acertadas.

Por último, los reproches que se hacen al pensamiento postmoderno (asistematicidad, neo-relativismo, elitismo) se esgrimieron contra direcciones anteriores. Sólo cuando las reflexiones de la postmodernidad cristalicen y ofrezcan resultados más maduros y precisos podrá ponderarse mejor su importancia<sup>118</sup>.

## X. DERECHO CONSTITUCIONAL Y POSTMODERNIDAD

### 10.1. Constitucionalismo moderno y constitucionalismo postmoderno

¿En qué medida el pensamiento moderno influye en la teoría y práctica del Derecho constitucional? Antes de responder, cumplidamente, a esta pregunta es conveniente aclarar algunas dificultades.

a) El primer obstáculo estriba en que el pensamiento de la postmodernidad, en cualquiera de sus variantes, a juicio de algunos todavía no ha alcanzado suficiente grado de madurez para presentarse como ejemplo a seguir. Es cierto que los pensadores postmodernos son ricos en intuiciones brillantes, incisivas, incluso provocativas. Sin embargo, todavía no han logrado una visión coherente, sistemática, susceptible de sintetizarse en una *summa* clara, ordenada. Puede reconocerse que tales intuiciones, incitaciones y provocaciones, son interesantes, pero no bastan.

Si comparamos el rigor, coherencia y seguridad del pensamiento jurídico neopositivista, con la heterogeneidad, el intuicionismo, la tendencia caleidoscópica del pensar postmoderno, fácilmente se comprueba la incompatibilidad de las dos tendencias, y, por consiguiente, la inconveniencia de introducir sus posiciones en el ámbito de la juridicidad.

La objeción que sintetizamos requiere algunas precisiones.

---

postmodernidad reúne en un difícil equilibrio la racionalidad moderna, su desenmascaramiento y la síntesis de ambas», p. 66. «Si la filosofía es –como afirmaba Hegel– la propia época captada en el pensamiento, la postmodernidad es la autoconciencia de una sociedad de la información.»

<sup>118</sup> Cfr. la colección de textos de Gianni Vattimo en su *Ética de la interpretación* (trad. Teresa Oñate), Ediciones Paidós-Buenos Aires-México, 1991. Javier Hernández-Pacheco: *Los límites de la razón. Estudios de filosofía alemana contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 233 y ss. Después de señalar que los postmodernistas integran la generación de la gran crisis escribe que la «postmodernidad»... es el nombre de un fenómeno que casi se agota en su sugestividad. Y ya veremos en que madura» p. 236.

Ante todo habría que comprobar si todos los neopositivistas han examinado con rigor el *contenido y objetivos* de la postmodernidad; es decir, si han leído y reflexionado convenientemente sobre sus obras y aún más, si cuentan con preparación suficiente para comprenderlas.

Además, hay que recordar que importantes tendencias filosóficas muestran escasa sistematicidad y, sin embargo, han influido poderosamente en la concepción del mundo y de la vida incluida, por supuesto, la vida del Derecho. Aquí topamos con el *concepto de sistema* porque si por éste entendemos una coherencia lógico-transcendental o una dogmática cerrada pero alejada de la realidad viva, de la sociedad sobre la que versan las configuraciones jurídicas de esa dogmática, entonces nos encontramos ante una encrucijada intransitable y no cabe mediación alguna.

Si se acepta el pensar postmoderno –y el autor de este discurso no se pronuncia plenamente a favor o en contra de dicho pensamiento– se percibe una cosmovisión que debe enjuiciarse *iuxta modum*, de cerca, con ponderación. El Derecho no es ajeno a una concepción del mundo y de la vida. En consecuencia la ciencia jurídica debe analizar el contenido de su cosmovisión.

b) La segunda dificultad consiste en que el pensamiento filosófico por muy importante y sugestivo que sea, no entra dentro del ámbito del Derecho. Podrá influir remotamente pero son cosas muy distintas. Esta afirmación no es exacta. En efecto, en la medida que el positivismo jurídico clásico rechaza la metafísica, el Derecho natural, adopta, sin percatarse, una posición filosófica. No es necesario insistir en que los grandes juristas arrancaron de concepciones filosóficas, Stammler y Kelsen del neokantismo; Hauriou del iusnaturalismo, etc., o de la sociología (Duguit). La fenomenología, la filosofía de los valores, motivaron concepciones del Derecho.

Los juristas han estudiado filosofía del Derecho, la dogmática jurídica no ha sido ajena a afirmaciones filosóficas. No importa ahora discutir si la filosofía jurídica es obra de filósofos o de juristas porque tanto unos, como otros se ocupan de la juridicidad con intercambios fructíferos.

c) La tercera dificultad considera que el pensar postmoderno es una moda pasajera, una actitud estética situada a extramuros del Derecho. Estamos ante una apreciación subjetiva que trivializa la cuestión. Se podrá estar de acuerdo, o en contra, de las posiciones postmodernas o adoptar una actitud indiferente. Ahora bien, hay que reiterar que con todos los reparos o críticas que se le hagan es una concepción del mundo y de la vida que los juristas no pueden desdeñar.

Los juristas no pueden ser indiferentes ante tendencias que plantean cuestiones importantes. El postmodernismo ha realizado una crítica interesante de la modernidad y sólo por eso –aunque no están obligados a considerarlo ni a introducirlo en sus esquemas– han de percatarse que, por ahora, es la más reciente aportación al pensamiento occidental. La Teoría de la Constitución versa sobre la cultura político-constitucional del mundo euroatlántico y aquél se ha planteado no la solución final, sino la revisión completa de la modernidad. En este sentido esta revisión del pensamiento constitucional de la modernidad sobre el constitucionalismo liberal, social

demócrata, socialista real, neoliberal surgido, modificado, sustituido, cambia a través de las diversas fases de su desarrollo. La crisis del Estado de bienestar, la crisis de los partidos políticos y del sistema partidario; la crisis del sindicalismo, de la representación y participación políticas, implican un paso, más o menos dramático, incitan a reflexionar. En estrecha correspondencia con lo anterior, aparece también la crisis de las estructuras socioeconómicas que lo soportan, el cambio sobre el concepto del hombre y de la dignidad humana, la revolución tecnocrática.

Del mismo modo hay que tener bien presente la caducidad de los conceptos propios de la modernidad constitucional y de los teóricos que los forjaron.

¿En qué medida son todavía eficaces postulados considerados por la modernidad casi intangibles, a pesar de sus revisiones por Duguit y otros, como soberanía, poder constituyente, supremacía de la Constitución, derechos públicos subjetivos y toda la parafernalia que les acompaña como atributos del Estado?

No se trata de *enterrar* a Montesquieu, o al Estado de Derecho en sus sucesivas concreciones: Estado liberal de Derecho-Estado social de Derecho-Estado democrático de Derecho-Estado de Cultura, etc. No hay que concebir la postmodernidad sólo como un fenómeno iconoclasta, ni de incurrir en un *nihilismo constitucional*, aunque algunas afirmaciones postmodernas conduzcan a esos extremos. Trátase de que todavía se perciben triunfalismos ingeniosos aunque parezcan términos contradictorios. *Triunfalismo* porque, como vimos, los neoconstitucionalistas muestran autosatisfacción porque han *resucitado* la Constitución mediante la relativización de la separación de poderes en favor de los derechos y libertades y la exaltación de la noción jurisdiccional de la Constitución; mediante la judicialización constitucional de todas las ramas del Derecho, porque en el fondo, esa operación enmascara una iusprivatización, una administrativación y mercantilización del Derecho constitucional.

*Ingenuidad* no en la etimología latina de condición de hombre libre, ni de *debilidad* del *pensamiento* contrario al *pensamiento fuerte*. Sin embargo D. Rousseau<sup>119</sup> al tratar la razón ética y la promoción de la figura del juez, afirma que los Tribunales Constitucionales disfrutan, generalmente, de una tasa muy *fuerte* (PLV) de buena opinión. Esto supongo que es verdad en Francia y, por supuesto, en Estados Unidos, pero ¿y en España después del asunto Rumasa?

La promoción de la figura del juez se comprende –sigue el profesor francés–, sin duda, por las mutaciones recientes de la idea de la Razón que, después de la muerte de Dios, constituye el principio de legitimidad de las sociedades europeas. En efecto –continúa– después de mucho tiempo, ha dominado de manera «dulce» en Occidente y «dura» en el Este, la Razón positivista o instrumental, es decir, la que sólo se interesa de los medios, de lo técnicamente posible y abandona toda pregunta sobre los fines, los valores y el sentido del hombre, de la sociedad y de sus descubrimientos.

Y más adelante nos dice: este destino trágico en algunos países de la razón positivista no condena, sin embargo, a la Razón como *fundamento* de la *modernidad democrática*, etc.

Es curioso que en estas consideraciones se observa el impacto –ignoro si el autor se inspira en Vattimo– de la dicotomía pensamiento fuerte-pensamiento débil salvando las referencias plausibles a los valores y a la ética en la que se reconoce la sociedad. De todas formas es un eco de la presencia algo confusa, de la dialéctica modernidad-postmodernidad si bien el profesor francés sostiene que la *Razón* es el *fundamento de la modernidad democrática*.

Es indudable insistamos, que los conceptos básicos de la modernidad referidos al Derecho constitucional presentados como modos de *pensar fuerte*, es decir, originarios de la Ilustración, transmitidos a la Revolución francesa y reconstruidos por la dogmática germano-italiana, no sólo entraron en crisis al comenzar el siglo actual, además no resisten la crítica del pensamiento débil. Incluso es difícil recuperarlos mediante la *pietas*, antes explicada por Vattimo y sus seguidores. Entre otras cosas porque han sido desfundamentados, desconstruidos, utilizando con esta última expresión la terminología de Lyotard. El postmodernismo está de vuelta de las concepciones formales positivistas de la teoría social y de la afirmación que los sociólogos clásicos todavía tienen algo importante que decir. En la misma línea el pensamiento postmoderno se preocupa, intensamente, de la crisis de la representación y de la legitimación, fenómeno típico moderno de los sistemas computarizados, dominados por los medios informáticos de los sistemas culturales del mundo<sup>120</sup>.

En el ámbito constitucional, tanto en la teoría como en la práctica, categorías como representación política y sus correspondientes sistemas electorales, están en crisis. La categoría representación política se desvanece como misterio (*mysterium repraesentationis*); la representación no se pone a la vista ante los ojos; no paga al contado. La pérdida *misterial* del proceso representativo deja de ser un símbolo político convirtiéndose en una operación manipuladora o controlada por los partidos políticos, de modo que socava los cimientos del Estado, su organización y funcionamiento. Se busca la estabilidad gubernamental sin éxito porque la *racionalización del poder*, que tanto satisfizo a los constitucionalistas desde Mirkin Guetzevicht hasta el voto constructivo de censura, también sufren la crisis. Prodúcese el fracaso de la razón maquinante a la búsqueda, inútil, de una representación eficaz.

Estos fenómenos perversos son consecuencia de la relativización de la Constitución a los partidos políticos. La progresiva constitucionalización de los partidos, de los sindicatos y de la huelga, analizada por Tripel, Biscaretti di Ruffia-Calamandrei y otros, se transforma mediante la partidocracia que cede el paso al fenómeno inverso a una *desconstitucionalización de los preceptos que contemplan tales operadores*, a una relativización de la Constitución a los partidos, a los sindicatos, a la huelga. Las leyes infraconstitucionales que lo regulan muestran su inoperancia. Así, pues, la Constitución

<sup>120</sup> Denzin: *Images*, p. 27.

no es ya lo que dicen los jueces, ni las leyes que la concretan, sino lo que deciden los partidos.

La *centralidad del Parlamento* proclamada por los parlamentaristas, pierde su sentido en la medida que las cámaras legislativas se convierten en aulas donde se ratifican acuerdos previstos adoptados extra muro por mayorías absolutas o coaliciones de los grupos parlamentarios, *longa manus* de los partidos. Las comisiones de investigación se interceptan, o confirman, lo acordado por la mayoría omnipotente. La responsabilidad política se difumina sustituyéndola por los procesos judiciales. La comparecencia del Jefe del Ejecutivo ante el Parlamento, rasgo capital del sistema parlamentario, es escasa. En definitiva —como anticipó con admirable clarividencia Jellinek a principios de siglo—, la Tribuna parlamentaria es sustituida por la Tribuna de la prensa, pero ésta y los medios informativos, en muchos casos, dependen de intereses financieros que operan en la sombra.

Tal es el cuadro pesimista, hartamente sabido, pero que conviene recordar, de la democracia liberal en sus momentos crepusculares. Por supuesto, esto no significa que la postmodernidad posea el recurso mágico para resolver todos esos problemas. Ahora bien, en la medida que todo régimen político y su correspondiente sistema dependen de una estimativa, de una ética política, de una *constitutional morality*, como dicen los británicos, y de una estructura social sana, las denuncias y críticas de los pensadores postmodernos que han analizado tales fenómenos de modo más o menos tangencial, incitan a una seria reflexión.

El poder constituyente, pieza fundamental de la panoplia constitucional, también pierde su significado originario afectado por la crisis internacional y por la hegemonía de la única superpotencia mundial. Aún más, la consolidación de la Unión Europea y su futura Constitución una vez aprobada por los Estados europeos miembros, limitará considerablemente el mito de la soberanía de los Estados, cosa que bastante antes de aprobarse el Tratado de Maastricht se verificó en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE de 15 de febrero de 1964, caso Costa<sup>121</sup>.

Sin embargo, es curioso comprobar que se perciben ciertos atisbos de postmodernidad en los artículos 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de la Constitución española. Se trata, como es sabido, de la llamada cláusula transformadora de la Constitución encaminada a *promover* las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo (de los trabajadores, dice la italiana) y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivos y de remover los obstáculos que lo impiden.

---

<sup>121</sup> Cfr. mi trabajo: *¿Una Constitución para Europa?*, IVAP, Bilbao, 1993, cfr. el trabajo de Dietrich Murswiek: «Maastricht und der Pouvoir Constituant. Zur Bedeutung der Verfassungsgebundenen Gewalt im Prozess der europäischen Integration», en *Der Staat*, volumen 32, cuaderno 2, Duncker und Humblot, Berlín, 1993, p. 171 y ss. y el de Udo Di Fabio: *Der neue art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandel oder Verfassungsneuschöpfung?*, en la misma revista, p. 191 y ss. Ambos autores manifiestan su preocupación, más intensamente Di Fabio, ante la cuestión que mencionamos.

Ahora bien, la *efectividad* de esos preceptos, aparte de que parecen *cuerpos extraños* insertos en la preceptiva fundamental, queda reducida a una especie de *obiter dictum* en las Sentencias del Tribunal Constitucional y en la escasa legislación que los desarrollan infructuosamente<sup>122</sup>.

¿En qué medida puede servir el pensamiento postmodernista para recuperar el concepto sustancial de Constitución?

Para no alargar la contestación diré que bastantes de las críticas, insinuaciones y observaciones del postmodernismo no son inútiles. Operan como reactivo y en todo caso actúan como indicadores de que estamos ante una nueva época distinta, no me atrevo a decir que sea mejor, ni peor que la pasada.

El constitucionalismo moderno, sin desconocer sus aciertos, ha decaído hace tiempo. Ahora es menester contemplar y analizar el nuevo mundo cultural, político, social, que amanece. Sin perder las raíces del pasado conviene regular lo nuevo.

Corresponde, pues, a los constitucionalistas, que son naturalmente liberales porque reconocen y tutelan la libertad, establecer las bases fundamentales que responden al reto de los nuevos tiempos<sup>123</sup>.

## 10.2 Constitución y postmodernidad. Aportación peninsular al tema

El eco del postmodernismo se detecta en algunos constitucionalistas españoles como veremos a continuación.

<sup>122</sup> La literatura sobre esta cuestión es copiosa. Cfr. el breve pero interesante estudio de Eduardo K. M. Carrión: «*A dimensao prospectiva das constituicoes*», en *Revista da ordem dos advogados do Brasil*, núm. 49, primavera de 1988, p. 80 y ss. No hay que olvidar tampoco lo que dice el Preámbulo de nuestra Constitución cuando afirma como voluntad de la acción española: «Establecer una sociedad democrática avanzada». Entiendo esta afirmación no en el sentido tecnocrático, sino en el que concretan los artículos 9,2 y 40. Sobre esto no me detengo pues lo he analizado en otros escritos míos que no menciono por no incurrir en excesivas referencias a mis trabajos y no alargar tediosamente esta nota.

<sup>123</sup> Que yo sepa, la perspectiva postmoderna no ha interesado a los constitucionalistas británicos. Tal vez, a mi entender, se debe a la naturaleza del Derecho constitucional de Gran Bretaña: fundamentalmente consuetudinario, flexible y a la teorización de la doctrina inspirada en el sentido principalmente práctico, utilitarista. Los conceptos capitales del Derecho constitucional británico no cuadran del todo con los elaborados por la doctrina continental. Sin embargo, recientemente se ha planteado la necesidad de redactar una Constitución. Sin duda si este propósito prosperase significaría una conmoción extraordinaria: no sólo en la larga tradición isleña, además en el Derecho comparado en cuanto que la referencia a un modelo singular distinto del continental, desaparecería y lo mismo en el campo doctrinal en la medida que el espíritu del *common law* de las *conventions*, el papel desempeñado por los tribunales, se modificaría aproximándose a los conceptos de la *razón maquinante* de estirpe francesa. El reto que implica el Tratado de Maastricht ha impulsado a varios constitucionalistas británicos a elaborar un proyecto de documentos fundamental que abarque los rasgos principales de la organización, funcionamiento y de los derechos humanos en su país. Aunque todo proyecto constitucional escrito en cierta medida entraña dosis de racionalismo, su contenido se basa, para bien o para mal, en la tradición del gradualismo. Sintetizo algunos puntos de vista de la reciente obra: *A written Constitution for the United Kingdom*. Institute for Public Policy Research Mansell Publishing Limited, London, 1993. Ignoro si este proyecto tendrá éxito. En todo caso desde la breve vigencia del *Instrument Government* de 1653, en el tiempo de Cromwell, no se ha dado que yo sepa, un paso tan significativo que merezca un estudio más detallado.

En efecto, el profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Huelva Porras Nadales<sup>124</sup> ha analizado la teoría del Estado *postsocial*.

A juicio del autor su trabajo surge «... de la sensación de frustración intelectual y científica que, a finales del siglo XX provoca la referencia a un modelo de sistema político democrático-constitucional, entendido como un esquema dinámico-racional donde los procesos de orientación política y de creación del derecho se ajustan en lo fundamental a los esquemas teóricos establecidos a partir de la última postguerra».

Porras Nadales<sup>125</sup> añade: «Asistimos a un proceso de eliminación no explícito, de la centralidad creativa del poder constituyente, único argumento de explicación causal originaria del Estado, que se convertirá de nuevo, a partir de ahora en un punto de referencia progresivamente desustancializado dentro del Derecho Constitucional del capitalismo avanzado».

Por su parte De Cabo Martín<sup>126</sup> se refiere en el volumen II de su «Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional», obra sugerente de grata lectura, a diversas posiciones típicas del postmodernismo.

En efecto, al estudiar la Ilustración política dedica unas páginas a su crítica; recoge, sin mencionarlo, la dicotomía de Vattimo: pensamiento fuerte-pensamiento débil. «Un ejemplo de ello es lo que actualmente propone la llamada «postmodernidad» para apartarse de los «peligros» de la Ilustración: ha terminado –así afirma– la época de las explicaciones globales; no tiene sentido –se dice– la visión de la Historia como totalidad que progresa. Frente al pensamiento «fuerte» de las explicaciones con intención de totalidad, hay que partir del pensamiento «débil» de lo próximo y concreto, de lo inseguro y de lo fragmentario, sin sitio para las seguridades, los proyectos y los ideales. La función conservadora respecto de una realidad a la que «globalmente» no se cuestiona, aparece con toda evidencia»<sup>127</sup>.

En 1991 el maestro de Coimbra, profesor Gomes Canotilho<sup>128</sup> ha analizado, en un interesante escrito, el problema de la Constitución según la lógica cultural de la postmodernidad. Advierte que no pretende hacer un ejercicio de estilo sobre los significados retóricos, o retorizantes del postmodernismo.

El profesor conimbricense apunta que el constitucionalismo moderno y las Constituciones escritas, están insertas en el proyecto de la modernidad, son expresiones de la razón política iluminista y humanista encaminada a establecer propuestas de deber y tablas de salvación para el futuro.

<sup>124</sup> Porras Nadales, Antonio: *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988.

<sup>125</sup> Porras Nadales: op. cit., p. 15.

<sup>126</sup> Cabo Martín, Carlos de: *Teoría histórica del Estado y de Derecho constitucional*, volumen II: «Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: El desarrollo constitucional», PPU, Barcelona, 1993.

<sup>127</sup> De Cabo: op. cit., p. 151. Antes cita la obra de T. Adorno: *Dialéctica del nihilismo*, Edición Sudamericana, Buenos Aires, 1988.

<sup>128</sup> Gomes Canotilho, José Joaquín: «Malestar da Constituição e pessimismo pos-moderno», en *Luisiada*, Revista de Ciencia-Cultura, Serie de Direito, núm. 1, marzo de 1991, p. 57 y ss.

Ahora bien, todo lo anterior se revisa en la actualidad. En efecto, se critica tanto desde el nihilismo postmoderno hasta la ideología anti-modernista de los neoconservadores y las Constituciones liberales o socialistas que esconden la lógica de la *narración emancipadora*, la idea de progreso del hombre y la utopía de la desalienación: en una palabra, prometen la *felicidad*<sup>129</sup>.

El postmodernismo establece un nuevo paradigma el *Estado constitucional informal*. Empero, este Estado está por hacer. Es decir, se insinúa su emergencia. Para los especialistas en Derecho público formados según los paradigmas científicos de la modernidad, el Estado constitucional informal es algo absurdo.

¿Acaso no significó la elaboración de una Constitución como intento de una ordenación sistemática y racional de la comunidad política mediante un documento escrito? ¿El binomio razón-experiencia del iluminismo no postulaba, necesariamente, un documento escrito receptor-codificador de los esquemas racionales aplicados a la práctica? ¿Qué se pretende, en el fondo, con la «informalización» y «aformalización» del Estado Constitucional?

El informalismo, sigue Gomes Canotilho, no puede desligarse de los reflejos político y jurídico. En el ámbito político se comprueba el *reflujo* de la *política formal* del Estado, de los Parlamentos, de los gobiernos, de las burocracias y de la rigidez de las formaciones sociales; en el dominio jurídico se percibe el *reflujo jurídico* (dislocación de la producción normativa del centro a la periferia), de la ley al contrato, del Estado a la sociedad. La imbricación de estos dos fenómenos se manifiesta en estos otros: *desoficialización* que ablanda la supremacía jerárquica de las fuentes del Derecho formal sobre todo del Estado; *descodificación* y progresiva disolución de la idea de Código como *corpus* coherente y homogéneo; *deslegalización*, retirada del derecho legal y de todo derecho formal estatal (desregulación) y destitución de las áreas por ellos ocupadas a la autonomía de los sujetos y de los grupos.

El tránsito al Estado constitucional informal gana así, en ese contexto, transparencia. Si la regulación jurídica formal debe sustituirse por otros mecanismos (por ejemplo, económicos) o por estructuras informales (por ejemplo, tribunales de legos), entonces también el Derecho constitucional formal se debe retirar de la vida y la política para incorporar, como referencia, en un dinámico *proceso público abierto*, reglas no cristalizadas en una Constitución escrita o en cualesquiera otros textos jurídicos<sup>130</sup>.

El profesor portugués analiza la relación de la postmodernidad con los fenómenos postnacionales. Lo *postnacional* y lo *supranacional* son manifestaciones exorbitantes, demuestran que la *invención* de un *territorio* del Estado-Nación que fue elemento indispensable para el despliegue político moderno, no puede hoy *reinventarse* para adecuarse a los flujos económicos, políticos y culturales crecientes en los ámbitos *inter* y *supranacionales*<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Gomes Canotilho: *loc. cit.*, p. 58.

<sup>130</sup> Gomes Canotilho: *loc. cit.*, p. 61.

<sup>131</sup> Omitimos, a pesar de su interés, las consideraciones que Gomes Canotilho hace sobre los derechos del hombre y su relación con la postmodernidad. Cfr. p. 63 y ss.

## **XI. PALINGENESIA JURIS POLITICI**

### **11.1 La Constitución ante una reciente encrucijada: constitucionalismo moderno-constitucionalismo postmoderno**

En la primera parte de este discurso examinamos la encrucijada positivismo jurídico *versus* constitucionalismo sustancial. Acabamos de resumir la postmodernidad y sus reflejos en el Derecho constitucional.

A principios de este trabajo nos decantamos por la vía sustancialista sin rechazar la dogmática constitucional en cuanto Teoría de la constitución que no se aparta de la realidad<sup>132</sup>.

Ahora nos enfrentamos con otra obstrucción. ¿Seguiremos la vía modernista del constitucionalismo? o; por el contrario, ¿emprenderemos el camino postmoderno en su aplicación al Derecho constitucional?

En esta última decisión, aparece implícita la *palingenesia* o resurrección del Derecho político como veremos enseguida.

El constitucionalismo moderno se ha desarrollado desde el siglo XVII en Gran Bretaña, pasó a los Estados Unidos y luego sustituyó el sentido concreto, empírico, más atento a la realidad política de los anglosajones por la línea racionalista, formalista y abstracta desarrollada por la Revolución Francesa que influyó en casi todo el continente europeo y en los países iberoamericanos.

En cambio, el constitucionalismo postmoderno, apenas se ha incoado. Sus análisis y crítica de las ideas y objetivaciones de la modernidad son, como hemos visto, muchas veces certeros y sugerentes.

Ahora bien, la pregunta pertinente es ésta: ¿puede el pensamiento postmoderno alumbrar el camino correcto para edificar un Derecho constitucional congruente con la realidad? Si la respuesta es convincente entonces lo adecuado sería aceptar sus enfoques para disolver la más reciente encrucijada que aparece ante la Constitución y su correspondiente doctrina.

Por desgracia no estoy convencido que el camino postmodernista nos conduzca con seguridad a la meta buscada, es decir, a un Derecho constitucional y a una teoría sobre el mismo que armonicen con la realidad política subyacente.

En efecto, surgen varios obstáculos para que recorriendo la vía postmoderna consigamos aquel objetivo. Precisaremos.

Ante todo algunos reproches antes señalados que conviene reiterar.

---

<sup>132</sup> Hermann Heller en su *Teoría de la Constitución* (trad. Luis Tobio), Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1947, pp. 288, 289, 292, 293, apuntó ideas muy certeras que he aprovechado en otros trabajos.

En primer lugar, el postmodernismo, el pensamiento postmoderno, *carece de sistema* en tanto que ofrece una serie de opiniones, juicios y sugerencias interesantes, estéticas, algunas discutibles que son irreductibles a un sistema coherente. En definitiva, parece incapaz de insertarse en la dogmática constitucional. *Su irracionalismo y nihilismo son lo más contrario a la seguridad y claridad jurídicas*. Estamos ante una *moda*, probablemente pasajera, que en definitiva, pasará. En todo caso sus intuiciones, por brillantes que sean, son extrajurídicas, incompatibles con lo específico del método técnico-jurídico. Hablar de un constitucionalismo y de su correspondiente doctrina que no se ajuste a las pautas jurídicas es una extravagancia que no cuadra con la seriedad científica y con la técnica propia de la jurisprudencia y de sus cultivadores: el estamento de los juristas.

Estas objeciones merecen ponderarse. Algunas ya las precisamos antes. La sistematización del pensamiento postmodernista no invalida su alcance filosófico.

Quiero decir que es imprescindible aquilatar qué se entiende por *sistema*. Si entendemos por sistema «un conjunto de reglas y principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí» (según la última edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1992, vigésimo primera edición, volumen II, p. 1888), y lo comparamos con la afirmación de Ferrater Mora<sup>133</sup> cuando dice: «La definición de sistema como conjunto de elementos entre sí armonizadamente configurados, no es suficiente para una dilucidación filosófica», resulta que la concepción de sistema no es unívoca y además, como añade Ferrater<sup>134</sup> «hasta hace poco se consideraba a un pensamiento tanto más filosófico cuanto más sistemático fuera, y se vio la historia de la filosofía como una sucesión de sistemas. Sin embargo, surgió un modo de pensamiento en el que no solamente se quebró el sistema sino, lo que más importa para el caso, se llegó a la plena conciencia de un modo no sistemático, esencialmente fragmentario, inclusive aforístico, adoptado por la filosofía» y termina así el autor: «... pueden alojar en ellas los nuevos hechos que se vayan descubriendo. De este modo, los hechos modifican el sistema, pero no lo cambian cada vez completamente».

En conclusión, la objeción de falta de sistema del pensamiento postmoderno se desvanece. En el fondo la preocupación por el sistema en el campo del Derecho se remonta al cartesianismo y al spinozismo (*Etica more geometrica demonstrata*), a Leibnitz; la reproduce el positivismo jurídico en todas sus variantes, la desarrollará Paul Laband en el Derecho constitucional y culmina, como se sabe, en Kelsen.

No es menester recordar que el sistema concebido como todo completo, sin lagunas, informa a la codificación para preservar los intereses de la burguesía; que el culto a la ley, el legicentrismo, entró en crisis con las transformaciones socioeconómicas y que el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico no lo admite el positivismo renovado.

<sup>133</sup> Ferrater Mora, José: *Diccionario de Filosofía abreviado*, texto preparado por Eduardo García Belsunce y Ezequiel de Olaso, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1970, p. 391.

<sup>134</sup> Ferrater Mora: op. cit., p. 392.

Otra cosa es el *nihilismo filosófico* y su posible, pero incorrecta aplicación, al Derecho. En esto la objeción es certera. En cuanto a la seguridad y claridad jurídicas se ha señalado, a veces exageradamente y con ánimo subversivo, su implicación clasista concebidas en función de las exigencias burguesas. Ahora bien, en sociedades interclasistas que renuncian a la revolución violenta, caso de los artículos 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de la española, la carga revolucionaria se amortigua. Tal es el sentido de la famosa opinión de Calamandrei al interpretar el artículo 3.2 de la Constitución italiana: la República ha compensado la renuncia a la revolución fallida con una revolución prometida.

Otro reparo más grave estriba en la *desfundamentación* que subraya el filósofo italiano Vattimo cuando sostiene, como vimos, el rechazo de toda *fundamentación* única, última, normativa. Claro que esta afirmación hay que examinarla con cuidado.

Si se quiere decir que en el debate filosófico no hay una fase excluyente, única y se abre el camino al pluralismo, entonces cabe asentir sin reservas y máxime en el Estado que proclama, como en España, el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 1.1). Significa que pueden surgir otros valores o que alude a la dignidad humana (artículo 1º de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y al 10.1 de nuestra Constitución), entonces ello es plausible. Hay, pues, que asentir aunque esto parece ajeno al pensamiento vattimiano. Porque la fundamentación última requiere también aclaraciones pues todo ordenamiento constitucional exige un fundamento último, sea la idea del Derecho de Duguit, sea la *Grundnorm* kelseniana, sea la dignidad humana. Aquí nos encontramos con la legitimación de la Constitución. Ciertamente es un principio capital pero sucede que depende de la concepción del mundo y de la vida de los intérpretes y no porque mantengamos el relativismo axiológico, sino porque en el fondo se apoya en una importante cuestión de fe, de convicción metajurídica que no vulnera el derecho, sino que lo sienta sobre bases sólidas pero no hay modo de convencer al agnóstico y/o escéptico.

Cabe, por supuesto, explicarlo mediante el humanismo, el iuspersonalismo crítico que enraiza con las creencias religiosas. Aun así no puede imponerse a los creyentes de manera violenta entre otras cosas porque repele al mensaje evangélico. Es posible, no obstante, encontrar un punto de encuentro que convenza a casi todos, a saber, ese humanismo que reposa en la afirmación de Séneca: *Homo hominis res sacra*, o en la tesis kantiana de no estimar al hombre como medio sino como autofín. Este humanismo, los derechos inviolables inherentes al hombre, son el punto de encuentro pero con tal que no se pregunte por qué<sup>135</sup>.

Cosa distinta es la negación del carácter normativo de la fundamentación concebido como respuesta a la creencia modernista de la capacidad normadora reguladora de la conducta humana y en el campo del Derecho de la fuerza normadora de las relaciones

---

<sup>135</sup> No entramos en la tesis de Vattimo que niega el carácter último de la fundamentación. Me parece afirmación vaga. Tal vez fruto del pesimismo en cuanto réplica crítica al optimismo del progreso, rasgo de la modernidad. ¿Se refiere al fin de la historia hegeliana y divulgado, acaso trivializado, por el escrito de Fukuyama?

político-sociales por el Derecho constitucional. Caben, es cierto, deficiencias en la regulación de la conducta humana y de sus relaciones sociales mediante normas constitucionales u ordinarias o por medio de las decisiones de los Tribunales. Este déficit ha sido recientemente señalado por las nuevas tendencias jurídicas. El Derecho –y aún más el constitucional porque versa sobre relaciones políticas que resisten a su normativización pese al optimismo de la noción jurisprudencial de la Constitución– siempre ha experimentado y experimentará deficiencias porque la normatividad e institucionalidad constitucionales no son perfectas y capaces siempre de dominar la realidad sociopolítica. El Derecho no es ciencia exacta, no corresponde al mundo de la naturaleza susceptible de cuantificar, computar y experimentar con métodos físico-químicos y matemáticos la realidad que le corresponde. La juridicidad está en función de la libertad, de la historicidad y se inspira en valores. En cuanto sector de la cultura realiza los valores de la libertad, de la justicia, de la igualdad y del pluralismo político-social. No es, ni aspira, ni debe ser, una ciencia exacta. Así como las ciencias físico-naturales se someten a la prueba y al error y a la falibilidad, el Derecho depende de la realización, por desgracia incompleta, a veces fallida y aún peor falsificada de aquellos valores porque así es la condición humana. Tal es la grandeza y miseria de la especie humana. La normatividad, junto a la institucionalidad integran el Derecho. La sola normatividad no basta. Las instituciones requieren normas. Este es el mérito de las concepciones institucionalistas de Hauriou y de Santi Romano aunque inspirándose en fundamentos distintos llegan a soluciones coincidentes: la crítica de la concepción unilateral del Derecho como sola normatividad.

## **11.2. La noción jurisprudencial de la Constitución no supera la encrucijada porque suscita otra nueva**

¿La posición neoconstitucionalista sobre la noción jurisprudencial es una innovación postmoderna? Mi respuesta es negativa porque no se ha desprendido de los dogmas de la modernidad sino que los ha reelaborado (crisis de la centralidad de la ley, minusvaloración del postulado de la separación de poderes a favor de los derechos del hombre, potenciación de la función judicial y exaltación del Consejo Constitucional).

El paso de un Derecho moderno a otro postmoderno –advierte Commaillé<sup>136</sup>– supone una transformación muy amplia entre los profesionales del Derecho o en la división del trabajo de regulación desempeñado por las instituciones.

Se da la sustitución del «juez árbitro» por el «juez entrenador», más conforme al modelo «normativo-tecnocrático» (François Ost). En definitiva, la cuestión de los principios de justicia se plantea entonces según un modelo de regulación social marcado por un pragmatismo gestor sin referentes universales. Esta observación me parece oportuna y sirve para demostrar que la noción jurisprudencial de la Constitución no la resucita, sino la confirma ampliando la modernidad de la misma, de modo que no cuadra con las pretensiones neoconstitucionales, neopositivistas.

<sup>136</sup> Commaillé, Jacques: «Normes juridiques et régulation sociale. Retour a la sociologie générale», en *Normes juridiques et régulation sociale*, cit., p. 16 y ss., ver los autores que cita a favor de su tesis.

De este modo el positivismo renovado mantenido por los autores franceses, a pesar de sus referencias ocasionales a los valores, no supera la encrucijada anterior positivismo-sustancialismo. La renueva: neopositivismo jurisprudencial-sustancialismo. Trátase de la clásica contraposición actualizada.

### 11.3. «Hipocresía» de los juristas y de los tribunales constitucionales

La expresión hipocresía no la aplico en su significado estricto. Es una licencia literaria que me sirve para desvelar las imperfecciones de un método y concepto del Derecho y de una dogmática jurídica alejada de la realidad. Es sabido que la técnica jurídica emplea ficciones para resolver sus problemas o para asentar hipótesis de las cuales se desprenden lógicamente consecuencias. Así Kelsen, como todos saben, describió primero la *Grundnorm* como pura hipótesis para al final de sus días rectificar considerándola una ficción.

Bourdieu<sup>137</sup> ha publicado, hace pocos años, un escrito sobre los juristas en cuanto guardianes de la hipocresía colectiva. Me ha interesado porque me parece advertir en su argumentación algún reflejo del pensamiento postmoderno.

En efecto, según Bourdieu, la pretensión de los juristas a la universalidad tiene fundamento aunque de modo diferente a como lo imagina. No se basa en una norma fundamental. Es preciso abandonar la cuestión del fundamento y aceptar el Derecho, como la ciencia y como el arte ya que los problemas son los mismos en materia de Derecho y de estética; puede que se junten en la historia, en la sociedad, sin que se aniquilen sus pretensiones a la universalidad.

No basta señalar que el derecho se produce, y ejerce, en un espacio relativamente autónomo o que los efectos de los apremios socioeconómicos sólo se realizan de modo mediatizado. Hay que recordar que el campo jurídico es el lugar de luchas, de luchas que tratan de transformar las reglas jurídicas<sup>138</sup> para emprender una revolución jurídica

---

<sup>137</sup> Bourdieu, Pierre: «Les juristes gardiens de l'hypocrisie collective», en *Normes juridiques...*, cit., p. 95 y ss. El sugestivo título de este trabajo no debe irritar a los juristas. No se trata de que estos respondan subrayando la «mala educación de los sociólogos». Esta «mala educación» tampoco quiere expresar un juicio negativo. En la medida que, según Durkheim, la sociología trata los fenómenos sociales como *cosas*, lo mismo que los usos, normas de la corrección urbana, etc. Esta educación más bien «ordinaria» que de ningún modo versa sobre la ordinariéz, manifiesta la observación de los fenómenos sociales con cierta «familiaridad», como objetivaciones de conductas y relaciones sociales.

Otro ejemplo, tomando como modelo las prácticas constitucionales británicas, los juristas continentales inspirándose en autores ingleses hablan de las normas de corrección constitucional (Santi Romano y su discípulo Biscaretti di Ruffia) que sirven de compensación al funcionamiento regular de las instituciones como especie de lubricante que suaviza los posibles roces o choques entre ellas. Son normas de decoro constitucional, a mi juicio, de sensibilidad constitucional que moderan aquel funcionamiento. Por consiguiente, no significa que las normas constitucionales sean incorrectas sino que las de la corrección constitucional aunque no son normas jurídicas cumplen la función arriba apuntada. Los ejemplos que prestan la vida política del Reino Unido son numerosos. Aunque en el continente no lo son tanto, también se advierten. No es ahora menester enumerarlos y analizarlos. Si una imagen vale mil palabras, un juego ingenioso sobre el significado de éstas contribuye, sobre todo en el campo político, a aplicarlas para entender su alcance.

<sup>138</sup> No es menester añadir que Ihering habló, el siglo pasado, de la lucha por el derecho y que en el período weimariano el término y concepto de lucha (*Kampf*) lo utilizaron diversos juristas germanos

cumpléndose *en las reglas*: luchas para la conquista de mercados, embates de competencias (en sentido jurídico) y para la competencia, por ejemplo monopolio legítimo de ciertos mercados. Son inseparables, las luchas jurídicas y las económicas. Estamos ante un mecanismo con el cual la lógica jurídica penetra las conductas de los mismos que las transgreden.

La *piadosa* hipocresía jurídica es un homenaje que los intereses específicos de los juristas rinden a la virtud jurídica. En cierta manera cuando se entra en el juego jurídico no se puede transgredir el Derecho sin reforzarlo.

La ficción jurídica no tiene –según el profesor francés– nada de ficticio, y la ilusión, como decía Hegel, no es ilusoria. El derecho no es lo que él mismo dice que es, ni lo que cree ser, es decir, algo puro, perfectamente autónomo, etc. No obstante, el hecho que se cree tal, y que consigue creer, contribuye a producir efectos sociales en efectos reales. Sobre estos se ejerce el Derecho.

Los juristas –concluye Bourdieu su brillante exposición– son los guardianes hipócritas de la hipocresía colectiva, es decir, de lo universal. El respeto verbal que se atribuyen únicamente es una fuerza social extraordinaria. Todos saben que logran poner lo universal a su lado, se proveen de una fuerza social en modo alguno despreciable.

Los juristas en cuanto guardianes «hipócritas» de la creencia en lo universal, disponen de una fuerza social extraordinariamente grande. Pero caen en su propio juego y construyen, con la ambición de la universalidad, un espacio de los posibles, por tanto de los imposibles, que se les impone, lo quieran o no, en la medida que deseen seguir en el campo jurídico.

Hemos sintetizado, a veces transcrito, frases completas del pensamiento de Bourdieu por parecernos no sólo brillantes; además, interesantes. Lo que importa es que la «hipocresía» de los juristas puede aplicarse también a los Tribunales Constitucionales con sus pretensiones de pureza jurídica, de argumentar siempre conforme al método técnico-jurídico. Esto es una ilusión, una ficción que conduce a una nueva especie de *averroísmo constitucional*: lo que es cierto para los Tribunales Constitucionales muchas veces no lo es en la realidad social y viceversa. Ello abre un abismo de incompreensión entre sus sentencias y el sentir de la ciudadanía.

La ilusión neoconstitucionalista respecto a la capacidad del Consejo Constitucional de juridificar la política paradójicamente suscita el fenómeno de la politización de los Tribunales. Prefiero reproducir las consideraciones del profesor Carlos de Cabo<sup>139</sup>.

---

(por ejemplo Marshall von Bieberstein) y aún antes los representantes de la escuela por el Derecho libre.

<sup>139</sup> De Cabo, Carlos: op. cit., p. 354: «De esta manera, jueces y Tribunales se encuentran enfrentados a la resolución de una problemática que les implica directamente en intereses, ideologías y luchas políticas. De forma que a esa especie de invasión de la sociedad por el Derecho, a esa juridización de la sociedad, se corresponde una politización de la justicia. El Poder Judicial cobra un nuevo relieve, pues a los tradicionales papeles de represión o legitimación, se añade hoy el de «integrador» del conflicto (magníficamente reflejado en la expresión ya indicada antes de «operadores jurídicos») que de él se espera, aunque de forma correspondiente, se abran también al Poder Judicial posibilidades «desestructurantes» absolutamente nuevas».

Por otro lado, asistimos desde hace unos años a la politización del sistema financiero, fenómeno activado por la partidocracia.

Los partidos, como es sabido, necesitan copiosos fondos para sufragar las campañas electorales, sostener su maquinaria y funcionariado. El Estado también. Se da una viscosa conmixión de intereses públicos, partidarios y financieros mucho más inextricable que en períodos anteriores. La capacidad delimitadora de los poderes en sentido horizontal (legislativo, ejecutivo, judicial) pierde sentido en tanto que todos ellos son sustituidos por la trilogía: poder financiero, partidocracia e influencia de los media oligopólicos.

Por un lado los partidos dominantes dependen de las finanzas, pero éstas a su vez se politizan; por otro lado, los media oligopólicos condicionan a los partidos pero estos, en contrapartida, colorean ideológicamente a los media. No hay prensa, radiodifusión y televisión neutrales, ni independientes.

La viscosidad de la nueva tripartición del poder afecta gravemente al Estado de Derecho. El Estado social de Derecho contempla mermadas sus capacidades transformadoras de la sociedad (Art. 9.2; Principios rectores de la política social y económica, capítulo III, Arts. 39 y ss. de la CE). El sistema español actual de mayoría absoluta perjudica al pluralismo político, intercepta y desvirtúa el tracto procesal electoral-parlamentario. La mayoría absoluta impone cuotas de poder en el Tribunal Constitucional, en el Consejo General del Poder Judicial, en el Tribunal de Cuentas y en el Consejo de Televisión. Son cosas que por sabidas no dejan de ser graves.

La libertad e independencia de los operadores jurídicos sufre en su entraña por muy honestos y virtuosos que sean sus titulares. ¿Quién puede resistir a las finanzas, a los medios oligopólicos que controlan la publicidad y a la partidocracia que manipula dinámica electoral y parlamentaria?

La vigencia del Estado de Derecho disminuye, es simplemente nominal. La vieja cuestión de ¿quién controla a los controladores? falla porque el circuito finanzas, partidocracia, poder oligopólico de los media es irresistible. Los antiguos poderes fácticos, los denominados «obstáculos tradicionales» con castiza denominación liberal, ceden el paso a la nueva trilogía del poder<sup>140</sup>.

En definitiva, la utopía del Estado de Derecho se encuentra ante una ominosa encrucijada: o asiste impasible, aceptando su valor nominal pero no efectivo o adopta las formas de un Estado social y democrático de Derecho en correlación con la nueva realidad socioeconómica y política. Ahora bien, para ello es menester *identificar*

---

Este texto manifiesta cierto estilo postmoderno, crítico del pensar moderno que, en el fondo, continúa en los doctrinarios neoconstitucionalistas su novedad, su renovación todavía está presa en las redes de la modernidad. En definitiva, el neoconstitucionalismo es el positivismo jurídico con apariencia más atrayente.

<sup>140</sup> Sin incurrir en demagogia populista puede añadirse el tema de la corrupción. Los clásicos Maquiavelo, Montesquieu, Tocqueville la estudiaron detalladamente. Es cierto que la dinámica de los regímenes políticos presenta las consabidas fases de surgimiento, madurez y declive. Ningún régimen político es incorruptible, decae y muere. Los nuevos delitos económicos típicos de los *white collars* no son siempre fáciles de enjuiciar porque no se han descrito, tipificado, con claridad.

claramente a sus contrarios. Estos no son la aristocracia ni la burguesía más o menos proletarizada. La separación de poderes no versa ahora tanto sobre los clásicos poderes ejecutivo, legislativo y judicial a los cuales añadía, el insigne Hauriou, el poder del sufragio porque, como indicamos, han aparecido otros poderes más temibles: las finanzas, la partidocracia y los medios oligopólicos que ha interceptado, ocupado, influido eficazmente en los correspondientes órganos e instituciones.

La limitación de estos nuevos poderes es asunto difícil pero su identificación es clara. Un primer paso por el camino recto para soslayar la encrucijada. Por eso, los intentos de los neoconstitucionalistas de resucitar el «Lázaro constitucional» mediante su noción jurisprudencial de la Constitución, mediante la operación taumatúrgica del Consejo Constitucional o de los Tribunales Constitucionales, son baldíos. Su *palingenesis* constitucional eclipsando la separación de poderes y magnificando a los tribunales, es mera operación condenada al fracaso. Los «enemigos» del Estado de Derecho acabamos de identificarlos.

Cuando los neoconstitucionalistas interpretan el famoso artículo 16º de la Declaración de 1789 dando más relevancia a los derechos del hombre que a la separación de poderes, olvidan que ambas cosas están entrelazadas. Cada una necesita a la otra. Es vano olvidar a la primera y señalar, como talismán, a la segunda o viceversa.

A mi entender el neoconstitucionalismo propugnado por los neopositivistas no ha superado el déficit de la modernidad ni ha aprovechado las virtualidades de la postmodernidad. Entiendo por esta última lo siguiente:

- a) La postmodernidad evidencia el paso de una época pasada a otra. Afirmación ciertamente banal que requiere precisar. El legado de la Ilustración y el positivismo jurídico que le sigue, la hiperracionalización de la razón maquinante, la mitigación de la lucha de clases reducida a la contraposición entre el liberalismo posesivo y el socialismo marxista y social demócrata han periclitado porque estamos ante una sociedad interclasista; el Estado de Bienestar ha degenerado en Estado de Malestar; la tecnocracia financiera, las oligarquías partidistas y el oligopolio de los medios están perjudicando a la libertad y al pluralismo político-social. Entrevemos un mundo nuevo entre brumas y vacilaciones.
- b) El malestar de vastos estratos sociales es evidente: inseguridad ciudadana, inseguridad social: paro, disminución o aumento de los funcionarios, desencanto y humillación.
- c) Es ingenuo e irresponsable sostener que el pensamiento postmoderno aplicado a la cultura, al Derecho, a la sociología, a la política activa y a la ciencia política resolverá los problemas apuntados. El pensamiento postmoderno no puede alardear que tiene la llave del futuro y no parece que lo pretenda. Su crítica es valiosa en parte pero ya señalamos sus deficiencias. Es importante subrayar que una vez identificados los enemigos del futuro y criticado o revisado el arsenal conceptual, normativo e institucional del pasado, se abre el camino para buscar remedios. El impulso renovador en principio es bueno, siempre que se aplique con rigor y responsabilidad.

#### 11.4 *Palingenesis iuris politici*

Al principio de este discurso me refería, brevísimamente, a lo que entiendo por este epígrafe. Lo aclaramos a continuación.

Pienso que para obviar las diversas encrucijadas que he descrito es menester volver al Derecho político. Esto supone enfrentarse con los positivistas de diversas tendencias incluyendo por supuesto al neopositivismo de los neoconstitucionalistas. Para comprender esa *palingenesis* conviene precisar mi posición.

Ante todo, no quiero reproducir la enconada disputa entre los juristas y los politólogos porque aunque sus métodos son diferentes pueden armonizarse dentro de un mismo sistema. ¿Cómo pueden sostener los constitucionalistas que la realidad política no cabe dentro de los esquemas jurídicos? Afirmar esto supone una «hipocresía» en el sentido antes explicado. Es una tesis insostenible. Por ejemplo, la obra de Laband, su neutralidad y formalismo estaban al servicio de la fundación del segundo *Reich*. Durante el mismo, la doctrina constitucional estaba teñida por el *quietismo político* (Emhke). El significativo trabajo de Paul Laband sobre el derecho presupuestario defendió la política militar de Bismarck frente a la oposición liberal social demócrata.

Durante la República de Weimar los constitucionalistas germanos fueron presas del torbellino social y político. Schmitt, Smend, Heller lo demuestran. El mismo Kelsen no fue inmune a influjos políticos. No voy a detenerme en la exposición del desarrollo ideológico de su obra porque lo he descrito hace pocos años.

Giraud<sup>141</sup> analizó la obra de tres grandes maestros del Derecho constitucional francés durante la III República: Ademar Esmein, Maurice Hauriou y Léon Duguit.

El primero de ellos, muerto antes de la Primera Guerra Mundial, tuvo una fe profunda en los principios de la Revolución Francesa y en las instituciones libres. Vió el avance democrático amenazando a las monarquías y a las aristocracias tradicionales y no pudo imaginar las nuevas amenazas a la democracia más peligrosas que sus enemigos tradicionales.

Esmein, fue un excelente observador del desarrollo constitucional pues tenía una formación histórica importante, de suerte que contempló la vida político-constitucional de su tiempo desde el prisma histórico-jurídico. Su doctrina fue poco sociológica. Además despreció la perspectiva de la ciencia política. De todos modos su percepción liberal del Derecho constitucional fue patente.

Hauriou, preconizó una democracia fundada en bases iusnaturalistas que respetasen la autoridad y jerarquía sin renunciar a sus firmes convicciones democráticas. No es menester subrayar que su doctrina institucionista significó una crítica del formalismo positivista.

---

<sup>141</sup> Giraud, Emile: *Les Facultés de Droit*, cit., p. 271 y ss.

No es necesario seguir señalando autores y corrientes que desmienten la ilusión de la ideología de la *pureza metódica* de la *mentalidad jurídica* producto de laboratorio academicista.

La pureza metódica es una secularización del principio judeo-cristiano que anatematiza los *actos impuros*. Este anatema<sup>142</sup> por un lado aparece como una *obsesión*, y, por otro, como una *maldición y excomunión*.

Es una obsesión, o sea, una perturbación anímica producida por una idea anímica. Una idea que con pertinaz persistencia asalta a la mente, como define la Real Academia de la Lengua Española.

La obsesión o bloqueo mental que no admite en el campo jurídico elementos metafísicos, psicológicos, socioeconómicos, políticos (Laband, Kelsen) la justifican porque el *método jurídico es puro*, y por lo tanto, debe expulsar esos elementos *impuros* que pueden conminar la juridicidad. Este se concibe como las matemáticas, como la geometría que son ciencias puras.

Por otro lado, la pureza metódica anatematiza esos contenidos materiales y los excomulga de modo que son expulsados de la comunidad jurídica, de la ECCLESIA positivista en cuanto comunidad de los fieles positivistas, o sea, de los que tienen una mentalidad jurídica formalista.

En definitiva, la pureza metódica es una ideología de la pureza dogmática judeo-cristiana que mantiene fielmente que, fuera de la *ecclesia positivista* no hay salvación jurídica de modo que los que no admiten sus postulados son *heterodoxos*; no siguen la opinión recta. Brillantemente el pensador checo Belohradsky<sup>143</sup> inspirándose en su compatriota el filósofo Jan Patočka, escribe que en la «pureza, en el Derecho puro, el hombre es sacrificado a la coherencia de los artículos y de las proposiciones igual que en la política pura es sacrificado a la razón de Estado y en el arte puro al efecto de las palabras. La idea de una imagen natural del mundo exige la renuncia a esta pureza. El rigor del punto de vista de Husserl consiste en que toma en serio las «impurezas» necesarias de todas las acciones humanas, sus relaciones con el sujeto viviente y sensible. Se trata de poner en crisis a la razón que sólo prescinde del hombre».

Si admitimos –siguiendo a Kelsen– que el método delimita el objeto de conocimiento, si este método descansa en una lógica transcendental que configura el Derecho como sistema escalonado basado en la *Grundnorm* como hipótesis fundamental luego como ficción, el alejamiento de la realidad vivida del Derecho es notoria. Ahora bien,

<sup>142</sup> «La palabra (anatema) se aplicaba en su origen, en el griego profano, a todo objeto consagrado a una divinidad. De su uso en la versión griega de los Setenta para traducir el hebreo *herem* que designa un objeto (o una persona) destruido para rendir homenaje a Dios, se pasó en el uso judío y después cristiano, a designar todo lo que es objeto de una maldición y, finalmente la maldición misma. En especial, en el curso de los concilios, el anatema será la condenación de una proposición juzgada herética o sospechosa.» L. Bouver: *Diccionario de Teología*, trad. Francisco Martínez, 6ta. edición, editorial Herder, Barcelona, 1990, p. 72.

<sup>143</sup> Belohradsky, Vaclav: *La vida como problema político* (traducción de la versión italiana de Antonio Gabriel Roson), Encuentro Ediciones, Madrid, 1988, p. 145.

como sostiene el iusprivativista Lucarelli<sup>144</sup> la creación de dogmas y la «pureza» del modelo científico inducen a los juristas a aislar los estudios de disciplinas históricas y sociales, en particular la economía y la sociología modeladas, estas últimas, según la realidad y, por lo tanto, sujetas a su *aggiornamento* a las sociedades reales. Así el Derecho aparecería como ciencia, construida con fórmulas abstractas.

No obstante, la abstracción y el rigor técnico no implican neutralidad *política*. Es una posición ideológica que soslaya análisis que puedan alterar la estabilidad del sistema. La neutralidad de las técnicas jurídicas es falsa porque esconde siempre opciones políticas. En particular el formalismo es un diseño para estabilizar el sistema jurídico-económico porque eleva a dogmas los símbolos y las técnicas a estructuras<sup>145</sup>.

Las inconsecuencias de la pureza metódica y de su formalismo jurídico replantean la necesidad de una palingenesis del Derecho político. Por varias razones:

- a) La pureza metódica es una ideología, insistamos, que enmascara la realidad vital del Derecho. Pretende normativizar, juridificar según el prisma nuevo e inusitado, la realidad jurídica, lo cual es imposible. El Derecho es vida, vida cultural inspirada en valores para convivir. La construcción lógico-jurídica *more geometrico* construye un edificio grandioso pero vacío; inhabitable para los hombres y sus relaciones sociales. Por eso, es difícil, conforme a las tesis kelsenianas y en general de los positivistas, explicar, por ejemplo, los derechos socioeconómicos, contemplados en el Capítulo III, Título Primero de nuestra Constitución.

La imagen del hombre, kelseniana y positivista, aparece como *homo iuridicus*, fetiche desustancializado, mero destinatario de las normas jurídicas formalizadas y desencionalizadas. Este *homo iuridicus* es el resultado de su inmersión en un universo geométrico configurado mediante formalizaciones y tipificaciones, exento de pasiones, de inquietudes, aspiraciones e ideales. Mediante la pureza metódica y por medio del tecnicismo jurídico neutral ante los valores –si es que se admiten– aparece un alma, un espíritu, sin creencias ni ambiciones, descorporizado al sumirlo en la pura normatividad. Desde el punto de vista antropológico el *homo iuridicus* sólo es un sujeto de Derecho y no interesa su dignidad porque esta es una dimensión metafísica, metajurídica. En definitiva, la ideología de la pureza metódica y su instrumento lógico-transcendental, enajena al hombre como ser psicosomático y, sobre todo, aliena su dignidad, la enmascara al incluirse en el entramado normativo, olvidando sus dimensiones concretas humanas. Le somete a las frías leyes del mercado.

- b) Otras direcciones positivistas como por ejemplo la sociológica convierte al hombre en objeto de la solidaridad, objeto que peligrosamente se aproxima a la tesis marxista que considera al hombre resultado de las relaciones sociales.

<sup>144</sup> Lucarelli, Francesco: *Diritti civili e istituti privatistici. Contaributi di Ernesto Briganti, Mario Ciancio e Luigi Russo*, 2da. edición, Cedam, Padova, 1948, p. 127 y ss.

<sup>145</sup> Más adelante los autores de este libro (p. 141 y ss.) analizan la función que el poder judicial juega neutralizando opciones políticas.

- c) El neoconstitucionalismo neopositivista, aunque alguno de sus representantes se refiera a los valores, al sobrestimar la función protectora, y hasta creadora de los Tribunales de los derechos fundamentales, apenas dice algo sobre su carácter previo al Derecho. Pretende protegerlos, garantizarlos, pero no subraya que ante todo es menester *reconocerlos*.
- d) Las afirmaciones postmodernas no entran, que yo sepa, en la cuestión anterior por lo menos en su impacto en el ámbito jurídico. Sin embargo, su posición desfundamentadora impide explicar el carácter y función de los derechos humanos.

Así, pues, el restablecimiento, la resurrección del derecho político, puede contribuir a superar las diversas encrucijadas descritas. ¿Por qué?

Ante todo porque rechaza la desustancialización del concepto de Constitución en tanto que no es una plataforma legal suprema, indiferente a los valores superiores del ordenamiento jurídico, sino una realidad material apoyada por las fuerzas políticas en tanto que se inspira en tales valores y en la dignidad humana. Por eso, para mí, la norma fundamental, la *Grundnorm*, es la dignidad humana y los derechos que le son inherentes. Derechos inalienables e imprescriptibles. Esto en el plano axiológico que legitima a la Constitución. La dignidad humana es, además, el valor supremo que nutre y apoya a los otros valores: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. En el plano jurídico-político la Constitución sustancial es la Corona y el pluralismo político social. Dado que sobre este tema he escrito mucho no me detendré para reiterar o ampliar esa idea. La *palingenesia iuris politici* entraña la interrelación entre dos realidades distintas pero armonizables: la jurídica y la política. Mientras en la primera prima el método técnico-jurídico y en la segunda el método de la Ciencia Política, ello no supone que sean compartimentos estancos porque configuran un sistema común. Es arduo de entender que pueda explicarse cualquier Constitución sólo con categorías técnico-jurídicas. Así, conceptos como soberanías, poder constituyente, forma política, partidos políticos, son elementos reales que explican la historia de las ideas y la ciencia política. En este orden de cosas, la vuelta a la expresión castiza *Derecho Político* de larga tradición española, no es un error. Sus partes principales son: la Teoría del Estado y la Teoría de la Constitución, la primera como teoría sociopolítica y la segunda como dogmática del Derecho constitucional. Compondrían un cuadro académico satisfactorio para formar convenientemente a la juventud universitaria.

Con la expresión *Palingenesia iuris politici*, acaso algo petulante pero expresiva, concluyo lo que tenía que decir. Es una invitación para reflexionar ante las encrucijadas analizadas y otras por ahora desconocidas. Estamos viviendo el tránsito de una época a otra. Vivimos momentos decisivos: mientras la modernidad se resiste a morir, la postmodernidad esgrime sus armas para destruirla. La resurrección es un misterio, un dogma religioso de esperanza, la *palingenesia* la secularización de la esperanza en el campo político-constitucional<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Aquí no expongo la vertiente axiológica de Derecho político que he abordado en otros estudios. No los menciono para no cansar al paciente lector.