

Noción del Derecho Constitucional

Germán Gomez Orfanel

Profesor titular en el Departamento de Derecho Constitucional y en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense

De "Estado y Derecho", nº 3, I sem. 1984

Una explicación previa: el derecho político como derecho constitucional

Parece ser que la expresión "Derecho Político" surge en España en 1814, con ocasión de la traducción del "Contrato Social" de J. J. Rousseau, cuyo título original completo era "Du Contract Social ou Principes du Droit Politique". Más significativo en nuestra opinión es que pocos años más tarde, en 1821, aparezcan con una denominación en línea muy moderna, las "Lecciones de Derecho Público Constitucional" de Ramón de Salas, que podríamos asociar con el artículo 368 de la Constitución de Cádiz, que establecía "el deber de explicar la Constitución en todas las Universidades y establecimientos literarios...". El plan de estudios de 1821 preveía asimismo la dotación en la Universidad Central de una Cátedra de Derecho Político y Público de Europa.

Especial importancia tendrían las "Lecciones de Derecho Político" impartidas en el Ateneo de Madrid por los Drs. Donoso Cortés (1836-37), Alcalá Galiano (1843-44) y Pacheco (1844-45), si bien las de los dos últimos añadían el calificativo de "constitucional". Respecto de ellas se ha escrito recientemente que su contenido jurídico era escaso, construido al margen del ordenamiento constitucional en vigor y tratándose no de cursos de Derecho Constitucio-

nal, sino de Teoría de la Constitución o, con más exactitud, de Política Constitucional (1).

A partir de estas fechas predominará la expresión Derecho Político, quizá como reflejo de una cierta hostilidad a la idea misma de Constitución, siendo España y Alemania (como veremos más adelante) los países donde más difícilmente se aceptó la expresión "Derecho constitucional", en beneficio del "Staatsrecht" o Derecho Político, que abarcaría un ámbito más extenso (2).

Los planes de estudio y los textos legislativos consagrarían tal tendencia. Así, la Ley Moyano de 1857 aludiría a la asignatura "Elementos de Derecho Político y Administrativo", y con idéntico título se publicaría en 1858 la obra de Colmeiro. Este enfoque se mantendría sustancialmente hasta fin de siglo, produciéndose, según Gallego Anabitarte (3), una "unidad armónica" del Derecho Público, como lo refleja, por ejemplo, el R.D. del 14 de agosto de 1884, empleando la referencia a Derecho Político y Administrativo, y dándose la circunstancia de que los más significativos profesores (Santamaría, Mellado, Gil-Robles) publicarían manuales separados sobre Derecho Político y Derecho Administrativo.

En 1900, por medio de un decreto del 2 de agosto, se separarían las cátedras de Derecho Político y

Administrativo, acentuándose así la tendencia a que no se constituyese un cuerpo unitario de Derecho Político. Con la citada reforma, la denominación de esta disciplina sería la de "Derecho político español comparado con el extranjero", hasta que el plan de estudios aprobado con carácter provisional por Decreto de 11 de setiembre de 1931, llamaría a la asignatura "Derecho Político".

En esta transición entre ambos siglos es donde hay que situar a la fundamental obra de Adolfo Posada, a quien se debe la consideración del derecho Político como una disciplina enciclopédica dentro de la cual quedaría incluido el Derecho Constitucional.

Posada, cuya actividad docente e investigadora sería muy dilatada, llegaría a escribir en 1933, y recordando sus inicios de catedrático medio siglo antes, que "por entonces el Derecho Político era una disciplina que no despertaba general curiosidad, y escasísimo interés entre los que hoy llamaríamos intelectuales, o sea entre las gentes de lecturas y estudios" (4).

Adolfo Posada estructurará su consideración del derecho Político en dos partes: una Teoría del Estado y un Derecho Constitucional (comparado), que se corresponden con los dos tomos en que divide su tratado. Para este autor, el Estado es el objeto de la política y el Derecho Político es el Derecho del

Estado, debiéndose fundar el Derecho Político en la teoría del Estado, ya que sin el previo conocimiento del Estado faltará toda base al Derecho Político. En la segunda parte realiza valiosas aportaciones para la fijación del concepto del Derecho Constitucional, planteándose las relaciones entre Derecho Político y Derecho Constitucional. Por un lado cita la posición de autores como Orlando, para quien la ciencia del Derecho Constitucional tiene por objeto el estudio del Derecho que se refiere al Estado o, más brevemente, el Derecho del Estado, concepto que los alemanes reproducen en la palabra Staatsrecht, si bien señala Posada que tal expresión precisa de mayor concreción, pues Staatsrecht puede aplicarse para significar todo el Derecho del estado como cosa distinta del Derecho Constitucional (Verfassungsrecht), en cuanto esta categoría se refiere al Derecho del Estado según la expresión moderna de éste como Estado de Derecho o Derecho Constitucional (5). Para Posada, el "Derecho Constitucional" es la expresión adecuada y aceptada para designar el Derecho Político de los Estados Contemporáneos que, por antonomasia, se denominan constitucionales, porque se rigen según las normas constitucionales, a las que se da un significado y un alcance jurídicos y merced a las cuales los Estados viven y funcionan en un régimen de Derecho (6).

En nuestra opinión, en estas afirmaciones se recoge un enfoque jurídico del Derecho Constitucional que hubiera podido ser un valioso antecedente y ser desarrollado en sucesivas líneas de investigación.

La aportación de Posada en su tratado y, en general, en sus publicaciones, es omnicompreensiva, con la virtud, entre otras muchas, de ofrecer enfoques e informaciones accesibles sobre las investigaciones de otros autores. No es nuestra intención formular aquí los grandes méritos de este autor, pero señalaremos que su concepción del

Derecho Político es incluso más amplia que la de una Teoría General del Estado more germanico. Rubio Llorente, en el prólogo antes citado, dedica especial atención a Posada, subrayando su influencia posterior en la doctrina española y señalando que su distinción entre Teoría del Estado y Derecho Constitucional quedaría reflejada

para la necesaria reconstrucción de un Derecho Constitucional fundado en un análisis jurídico de las normas constitucionales.

Con objeto de facilitar la comprensión de nuestra aproximación al concepto de Derecho Constitucional y tras aludir a la evolución española, parece conveniente referirnos brevemente a otros países,

"...la constitución, desde los orígenes del constitucionalismo, pretende una finalidad: realizar y garantizar en todos los sentidos la libertad."

en los planes de estudio de las Facultades de Derecho e incluso de Ciencias Políticas (7).

Por razones de espacio, no nos ocuparemos aquí de comentar las aportaciones de otros autores, como Pérez Serrano, discípulo de Posada y autor de un importante tratado, publicado no hace muchos años, que contiene valiosas sugerencias sobre las relaciones entre el Derecho Político y el Constitucional (8).

La amplitud y la variedad de las materias incluidas bajo el epígrafe de Derecho Político, la ausencia a partir de 1936 de una Constitución, la naturaleza del régimen triunfante en la guerra civil, unido todo ello al desinterés por los enfoques jurídicos de los fenómenos políticos determinarían, entre otras circunstancias, lo que se ha denominado en frase afortunada, un eclipse del Derecho Constitucional (9). Dicha situación empezaría a ser superada a finales de los años setenta, con la aprobación de la Constitución de 1978, la interpretación jurisprudencial de la misma y los esfuerzos realizados

dedicando especial atención en primer lugar a Alemania.

Comenzaremos por la categoría básica de Staatsrecht, que podríamos traducir como Derecho del Estado, o quizá mejor como Derecho Político, con preferencia a Derecho Público (öffentliches Recht). En una primera aproximación, podríamos considerar al Staatsrecht como "una parte del Derecho Público que comprende las normas jurídicas que afectan a las instituciones y a la actividad del Estado, así como a la relación entre el Estado y sus ciudadanos" (10) o como "el conjunto de normas relacionadas con el Estado y con la organización y actividad hacia el interior de los órganos estatales" (11).

En Alemania, la Staatswissenschaft(en) ha tenido un carácter enciclopédico, permitiendo enfoques históricos, económicos, sociológicos, jurídicos... del estado. En tal marco, se irá desarrollando con autonomía una Staatsrechtswissenschaft, caracterizable por un tratamiento jurídico (Staatsrecht), sobre todo, como veremos

más adelante, a partir de las aportaciones de Gerber y Laband. Es digno de mención el que, por ejemplo, Bluntschl dividiera su "Teoría del Estado moderno", publicada en 1876, en Allgemeine Staatslehre, Allgemeines Staatsrecht y Politik. G. Jellinek, por su parte, estructuraría la Ciencia o Teoría del Estado (Staatslehre) en

tuación actual es un conglomerado pedagógicamente indispensable, pero metodológicamente destartado" (R. Thoma, Art. Staat. en Handwörterbuch der Staatswissenschaften, tomo VII, 1926, pág. 728).

Otros autores asimilan la Teoría del Estado con la Teoría de la Constitución (Forsthoff), destacán-

estatal, es el Derecho del Estado. El Derecho Político (Staatsrecht) es, pues, la teoría del poder estatal (Staatsgewalt) y responde a las cuestiones: ¿qué puede querer el Estado como tal?, ¿a través de qué órganos y de qué forma puede y debe éste expresar su voluntad? En torno a la personalidad del Estado arranca y se centra el Derecho Político, en conexión con ella surge la posibilidad de un sistema científico dominado por un principio unitario".

(Grundzüge eines Systems der deutschen Staatsrecht, 2ª ed. Leipzig, 1869, p. 1 y ss.).

La Dogmática del Derecho Público alemán, que desembocaría en el normativismo de Kelsen, encontraría otro representante en la figura de Laband, que seguiría en gran medida las líneas trazadas por Gerber en un marco político más adecuado para la implantación del positivismo jurídico. Sin embargo, Georg Jellinek optaría por un dualismo metodológico en cuanto a que junto a la consideración jurídica del Derecho del Estado, cabría un análisis de la realidad social de la vida del Estado. De un lado estarían las formaciones sociales del Estado; en el otro, la institución jurídica. "Consecuentemente, se descompone la teoría del Estado en la teoría social del Estado y la teoría jurídica del Estado" (Allgemeine Staatslehre, 3ª ed. Darmstadt, 1959, p. 11). La consecuencia de todo ello sería la rigurosa separación de la teoría social del Estado como una ciencia del ser y de la ciencia de normas de la teoría jurídica del Estado. Posteriormente, tal dualismo sería superado por autores como Kelsen, para quien no debía darse contradicción entre la teoría social y la teoría jurídica, ya que el Estado es un sistema de normas y por ello sólo puede ser concebido como orden jurídico. El normativismo sería criticado por un conjunto de autores que lo calificarían de formalista y que considerarían al orden jurídico como parte integrante de la constitución global de la realidad (R. Smend, E. Kaufmann,

"La constitución cumple su función de orden y estabilidad cuando se limita a lo esencial."

una Allgemeine Staatslehre que estudiaría científicamente "la aparición del Estado, así como las determinaciones fundamentales de éste", y una Staatsrechtslehre o ámbito jurídico de la Staatslehre. La Teoría General del Estado (Allgemeine Staatslehre) se caracterizaría (y se sigue caracterizando) por permitir una multiplicidad de enfoques y contenidos que ponen en entredicho su justificación y utilidad científica, salvo que al menos se practique un proceso de autolimitación tendente a centrarse en determinados objetos de investigación, entre los que Ermacora (Allgemeine Staatslehre, tomo I, 1970 p. 19 y ss.) alude al establecimiento de los conceptos generales del Estado, de su esencia y de sus relaciones, al desarrollo de los fundamentos comunes del Derecho Político y la Política, al análisis comparativo de los estados reales. Frente al posible universalismo, Thoma recomendaría la limitación a un análisis categorial del concepto de Estado, a su construcción jurídica y a la clasificación de sus principales tipos y formas constitucionales; constatando que "la Teoría General del estado en su si-

dose también su carácter abstracto, alejado de la especialidad de los Estados y las Constituciones concretas, que son únicamente material empírico del cual se derivarían los principios, por encima de limitaciones temporales incluso.

El método de la Teoría General del Estado sería descriptivo, pudiendo incorporar elementos críticos (Herzog), pero no sería dogmático-jurídico (P. Badura, Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre, 1959).

El enfoque estrictamente jurídico sería reivindicado por autores como Gerber y Laband. El primero sería partidario de transferir las construcciones conceptuales y los principios de la esfera del Derecho civil al Derecho del Estado (Staatsrecht) propugnando la purificación de tal Derecho de elementos extrajurídicos, y centrando su construcción jurídica en la categoría de la personalidad del Estado y en la asimilación de Poder y Derecho:

"El Derecho Político, en cuanto teoría científica, tiene por objeto el desarrollo del Derecho que corresponde al Estado como tal. El poder de la voluntad de Estado, el poder

Carl Schmitt, H. Heller), insistiendo en el redescubrimiento de lo político como elemento dinámico de la vida del Estado.

En Italia, la defensa del método jurídico puede encontrarse sobre todo a partir de las aportaciones de Orlando, a quien se considera el fundador de la escuela italiana de Derecho Público, que partía también de la depuración de los elementos políticos, filosóficos, y sociológicos que dificultaban una Ciencia del Derecho Público sistemática y basada en la elaboración dogmática del derecho positivo. Estos principios de raíz positivista se hallan formulados en una obra cuyo título es especialmente significativo para los juristas constitucionales españoles de los últimos tiempos "I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico" (1889). La escuela jurídica italiana encontraría posteriormente otra figura en la persona de Santi Romano.

En el Derecho Público francés, influenciado por las elaboraciones de los juristas germánicos, destacaría sobre todo Carré de Malberg.

Delimitación de la noción y el objeto del derecho constitucional

Después del recorrido efectuado a través de algunas de las líneas evolutivas del Derecho Político, es ya ocasión de iniciar el análisis del concepto de Derecho Constitucional, al que consideramos como una parte del Derecho Público interno, que constituye el núcleo esencial del Derecho Político o Derecho del Estado (Staatsrecht).

El Derecho Político comprende un ámbito más amplio que el Constitucional; Santamaría de Paredes afirmaba que:

"las palabras Derecho Político empleáanse en dos acepciones... en su acepción más lata equivalen a Derecho Público y comprenden como es consiguiente la existencia y vida entera del Estado; pero en su acepción más restringida, significa, tan sólo una parte o rama del Derecho público, empleándose usual-

mente en equivalencia a Derecho Constitucional. Tratando de determinar el concepto de Derecho político en este último sentido, habremos de fijarnos en el nombre de constitucional como quiera que la voz político nada indica de concreto, por referirse al Estado en todas sus manifestaciones" (12).

K. Hesse, por su parte, señala que la Constitución en cuanto orden jurídico fundamental de la Comunidad no se limita a la ordenación de la vida estatal, en cuanto sus normas afectan también a aspectos de la vida no estatal, como la familia, la educación, la propiedad... Por ello, el Derecho "constitucional" se extendería por un lado más allá del Derecho "político" (Staatsrecht) que se refiere sólo al Derecho del Estado; por otro lado sus límites son más estrechos, dado que el Derecho Político abarca Derecho del Estado no imputable al orden fundamental de la Comunidad, como el Derecho Administrativo...(13). No todos los precep-



tos jurídicos referentes por ejemplo a la organización de los supremos órganos del Estado tienen que estar recogidos en la Constitución, pueden estarlo en normas legislativas (Leyes de los Tribunales Constitucionales, leyes electorales...).

Algunos autores (Thoma, Pütz) distinguen entre un Staatsrecht en sentido estricto, identificable con el Derecho Constitucional (Verfassungsrecht), y otra concepción en sentido más amplio, que incluiría también el Derecho Administrativo.

En opinión de Vejanis (14), el objeto de la disciplina del Derecho Constitucional no es otro que la Constitución, y todo lo que no pertenece a la Constitución debe ser atribuido a otras disciplinas. Por su parte, Badura considera a la Staatsrechtslehre como la Ciencia del Derecho público, y sobre todo la del Derecho Político y Administrativo; entre sus cometidos, destacaría el de analizar críticamente y con medios jurídicos, el

contenido y relación del Derecho Constitucional con el desarrollo de la praxis del Estado, pronunciándose además sobre la racionalidad (*Vernunftigkeit*) de tal Derecho (15).

En cualquier caso, pensamos que las relaciones entre Derecho Político y Constitucional quedan determinadas sobre todo desde el punto de vista de este último, ya que sus normas tienen una característica especial, gozan de supremacía y de rigidez. En tal sentido, K. Stern (16) considera que el Derecho Constitucional es el núcleo central del Derecho Político, pero que el problema sigue en pie cuando se fundamenta el contenido del Derecho Constitucional en base a criterios materiales y no formales.

La teoría de la Constitución y las teorías del Derecho Constitucional

El estudio del Derecho Constitucional, como vamos indicando, presenta una serie de dificultades debidas tanto a la necesidad de depurar su contenido, en el que por tradición, entre otras explicaciones, se han introducido disciplinas con enfoques metodológicos diferentes. Por otra parte, como veremos en repetidas ocasiones a lo largo de esta exposición, su contenido, al estar conectado con lo político, es objeto de confrontación intensa, ya que como señala Gomes Canotilho, el Derecho Constitucional es el que explica, describe, comprende y critica la organización del poder político.

Dicho autor afirma que el estudio del Derecho Constitucional puede hacerse desde dos posiciones diferentes metodológicamente. Una perspectiva dogmático-constitucional, que analiza un sector del derecho perteneciente a un ordenamiento jurídico concreto (doctrina del derecho constitucional) y otra teórico-constitucional, interesada en la determinación, precisión y aplicación de conceptos de Derecho constitucional desarrollados a partir de una construcción teórica y no con base en una constitución positiva (Teoría de la Constitución).

El primer enfoque irá dirigido a la comprensión e investigación de lo que con base en el Derecho constitucional positivo se considere jurídico-constitucionalmente vinculante. Es decir, se pretende comprender la fuerza normativa de una Constitución concreta y por ello tal enfoque del Derecho constitucional busca ser constitucionalmente adecuado (Hesse), es decir,

Para tales efectos se ha escrito no hace mucho tiempo que la Teoría de la Constitución tiende a ocupar el lugar que antes ocupó la Teoría del Estado, como ciencia primera, base y fundamento de todo el sistema jurídico (18).

Las funciones de una Teoría de la Constitución pueden encontrar cabida en la denominación de Derecho constitucional general, en-

“...las disposiciones constitucionales no son ni completas ni perfectas, ya que la Constitución no pretende ser un sistema cerrado, sin lagunas y codificado...”

desarrollarse en torno a un ordenamiento jurídico-constitucional positivo.

El segundo se ocupa de los problemas constitucionales bajo un prisma teórico-político, incluso como teoría política del Derecho constitucional, ofreciendo instrumentos de análisis y crítica sobre los límites, normatividad y posibilidades del derecho constitucional positivo y también sobre las relaciones entre la Constitución y la realidad constitucional, según esta concepción de Gomes Canotilho, la Teoría de la Constitución ocuparía una posición intermedia entre el derecho Constitucional y la Ciencia Política (17).

Todo ello hace que nos preguntemos si esta consideración de la Teoría de la Constitución supone encomendarle tareas que en otras circunstancias eran realizadas por la Teoría del Estado o por la multiplicidad de contenidos caracterizada como Derecho Político.

tendido por Santi Romano como aquella disciplina “que delinea una serie de principios, de conceptos, de instituciones que se hallan en los varios Derechos positivos o en grupos de ellos para clasificarlos y sistematizarlos en una visión unitaria” (19). García Pelayo se refiere a una teoría general del Derecho constitucional democrático-liberal producida por la extensión a los países civilizados del aludido sistema, expresado generalmente en una constitución de tipo racional normativo. Por otra parte, el Derecho constitucional particular tendría por objeto la interpretación y la sistematización de las normas jurídico-constitucionales vigentes en un Estado concreto, y el Derecho constitucional comparado estudiaría las normas jurídico-constitucionales positivas (pero no necesariamente vigentes) de varios Estados, destacando las singularidades o contrastes entre grupos de ellos (20).

Desde otra perspectiva destacaremos a continuación las aportaciones de diversos autores franceses a la delimitación de la noción de Derecho constitucional y a la posibilidad de la elaboración de teorías sobre el mismo.

En un conocido trabajo aparecido en 1981 en la *Revue du Droit Public*, su autor, F. Luchaire (21), afirmaba la imposibilidad actual de alcanzar una definición material del Derecho Constitucional, considerando no obstante al célebre artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, ("Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la separation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution"), como una definición material, pero sobre todo histórica. Por otra parte los múltiples intentos realizados para delimitar el derecho constitucional por su objeto, tendrían un limitado valor pedagógico, y con frecuencia carente de contenido jurídico. Luchaire argumentará que el Derecho Constitucional se compone de normas que se caracterizan no por la materia que regulan sino por su supremacía sobre las restantes normas jurídicas. No estando limitadas por nada, las normas constitucionales podrían penetrar en todas las materias, de este modo, el Derecho Constitucional se compondría de normas cuya supremacía se impone a todos (al menos en el ordenamiento interno francés) incluido el legislador (p. 281).

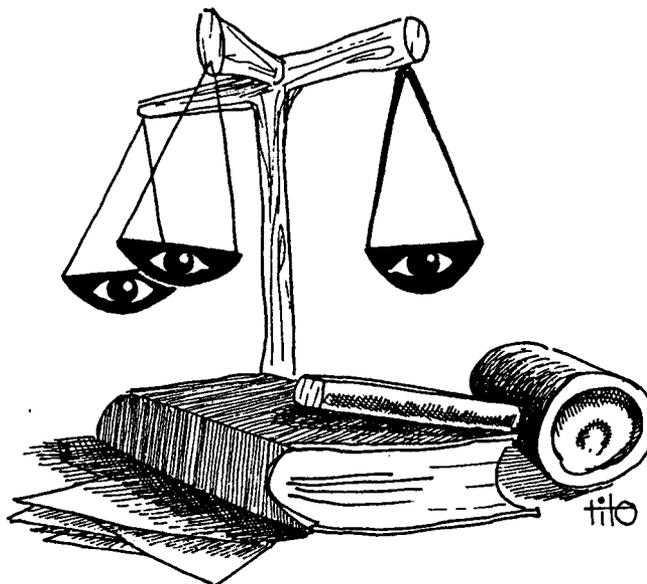
La sanción y garantía de la supremacía y por tanto del criterio para la delimitación del derecho Constitucional, corresponderá a la jurisdicción constitucional y en este sentido no es de extrañar que sobre todo a partir del comienzo de los años setenta la jurisprudencia del Consejo Constitucional haya realizado una profunda transformación del Derecho Público francés. Tal como ha puesto de manifiesto Favoreu (22), el Derecho Constitucional tiende a con-

vertirse esencialmente en un Derecho jurisprudencial, rejuridificándose y convirtiéndose a través de la interpretación y aplicación del juez constitucional, en el "Derecho de la Constitución", configurándose no solo como un Derecho "institucional", sino también "relacional", que incluye las libertades y derechos fundamentales, y que actúa como la base de los otros Derechos, y que va llevando a la reunificación del Derecho público (p. 23).

En nuestra opinión, la actuación de las Jurisdicciones constitucionales, es fundamental para la formación científica del Derecho Constitucional, pero nos resistimos a aceptar la idea defendida por diversos sectores de que ostenten el monopolio en tal sentido. Las transformaciones constitucionales y la crítica al contenido del Derecho constitucional concreto, y la reflexión sobre cuestiones teórico-constitucionales deben corresponder también a otros operadores jurídicos, y pese a los conocimientos jurídico-técnicos precisos, no deben estar alejadas de los ciudadanos.

Son ciertas, sin duda, las dificultades existentes para acotar una definición material del Derecho

Constitucional, sobre todo si se atiende a la ampliación del ámbito cubierto por las normas constitucionales, que penetran en los dominios de otros sectores del Derecho, de tal modo que se puede afirmar que el Derecho Constitucional poseería con cada una de las restantes disciplinas jurídicas (positivas) un sector común más o menos amplio. Sin embargo, la determinación del objeto del Derecho Constitucional parece hacerse necesaria tanto para permitir una reflexión sobre la teoría del Derecho Constitucional como desde una perspectiva más trivial, para fijar el contenido de los programas de tal clase de Derecho. En opinión de L. Hamon (23), el Derecho Constitucional no se basaría en el conocimiento de fenómenos particulares (una institución concreta, una norma determinada), sino que también sería necesario el análisis de las leyes a las que obedecen los hechos particulares, es decir, una teoría entendida como "construcción intelectual que engloba y sistematiza un conjunto de leyes empíricas, pero que no es refutable ni verificable por la experiencia" (*Enciclopedia Británica*). En tal sentido, el objeto de la teoría del Derecho constitucional



se diferenciaría de los Derechos constitucionales positivos analizados. De modo semejante a la frase de Herriot de que "la culture c'est qui reste quand on a tout oublié", cabría decir que la teoría del Derecho Constitucional es lo que queda cuando se quiere ir más allá de uno o varios ordenamientos jurídicos positivos determinados (24). Su función consistiría en sistematizar y generalizar los conocimientos obtenidos a partir de la descripción de tales ordenamientos, pero también formar los conceptos fundamentales imprescindibles para tal descripción y tipificación, así como estudiar los mecanismos, influencias y tendencias que explicarían su evolución y sus problemas comunes.

Constitución y realidad constitucional

El objeto del Derecho Constitucional sería pues la Constitución, pero entendida como norma o conjunto de normas jurídicas, es decir normas jurídicas constitucionalmente relevantes de un ordenamiento positivo, no referidas a un ordenamiento teórico o "ideal". Nos parece digno de mención el enfoque de Gomes Canotilho (25) basado en la consideración de las normas jurídicas como un modelo de ordenación material de la realidad, en consonancia con la calificación del Derecho Constitucional como ciencia normativa de la realidad, cuya tarea sería la de explicar, comprender y criticar las normas constitucionales que no se identifican con el texto escrito, ni están separadas de la realidad constitucional. Para el profesor portugués que en esta cuestión incorpora aportaciones de autores alemanes como F. Müller y K. Hesse (26), la norma constitucional sería un modelo de ordenación jurídicamente vinculante, orientado para una concretización material y constituido por una medida de ordenación expresada a través de enunciados lingüísticos y basado en la interpretación del texto normativo (Programa normativo, Normprogramm) y por una cons-



telación de datos de la realidad (Sector normativo, Normbereich). Estas construcciones irían dirigidas a subrayar que -en palabras de Hesse-, desde la perspectiva de las condiciones de realización del Derecho Constitucional, Constitución y "realidad constitucional", no pueden quedar aisladas, pues "la relevancia de la ordenación jurídica para y frente a la realidad concreta sólo cabe apreciarla situando a ambas en relación mutua y contemplándola en su indisoluble conexión y en su mutua dependencia", afirmándose más adelante que la norma constitucional carece de existencia propia independiente de la realidad. Su naturaleza estriba en que pretende tener vigencia (pp. 65-66). F. Müller, a quien cita Hesse, señalaría por su parte que "la concretización del contenido de una norma constitucional sólo resulta posible incorporando las circunstancias de la "realidad" que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de tales circunstancias... integrarían el "ámbito normativo", el cual a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el "programa normativo", es elevado a parte integrante del contenido normativo..." (27).

El texto de un precepto jurídico positivo es apenas la parte descubierta del iceberg normativo correspondiéndose con el programa normativo, pero la norma comprendería también un dominio o sector normativo, es decir un pedazo de realidad social que el programa normativo sólo parcialmente contempla.

Así pues, tales categorías conceptuales vincularían norma y realidad constitucional, pero ante los peligros que pudieran generarse para la normatividad del Derecho Constitucional, Hesse ha aludido en el texto al que nos referimos, a una significativa cautela, no existe una realidad constitucional contra constitutionem, por ello, los contenidos que se realizan en contradicción con las normas constitucionales no pueden ser realidad "constitucional" (p.30).

De este modo, según G. Canotilho, tal concepción de la norma constitucional permitiría el desarrollo del estudio del Derecho Constitucional, basándose en una perspectiva de ciencia de la realidad que no es positiva (ni jurídicamente, pues entre otras razones la norma constitucional no se identificaría con el texto, ni bastaría un proceso lógico cognitivo para la aplicación de normas...; ni sociológicamente, pues para el Derecho Constitucional la realidad es considerada y valorada bajo el punto de vista del programa normativo) ni antipositivista, pues se basaría en la normatividad de un ordenamiento constitucional concreto (28).

El problema de las relaciones entre Constitución y realidad ha sido frecuentemente debatido entre los estudiosos. En nuestra opinión, no cabe duda de que la Constitución puede ser objeto de análisis desde diversos enfoques, entre los que incluiríamos, entre otros, los históricos, ideológicos, politológicos... Los partidarios de un enfoque jurídico de la Constitución, en base a su consideración como norma jurídica, pondrán especial interés en afirmar la separa-

ción de métodos entre la Ciencia política o la Sociología como ciencias de la realidad y la ciencia jurídica y por tanto el Derecho Constitucional, que no pretende el conocimiento de la realidad social y política, sino el análisis de la Constitución como documento jurídico, siendo la tarea del Derecho constitucional, interpretar la Constitución, orientar su proceso aplicativo, comprender y dirigir la eficacia normativa de la misma... (29).

Desde otra perspectiva, otros autores (Jiménez de Parga, Lucas Verdú...) han subrayado la insuficiencia del enfoque constitucionalista, para comprender la creciente complejidad de la realidad política, para lo cual es preciso el concurso de otros enfoques como el político (30).

Por todo lo expuesto, es significativo que los autores anteriormente citados (Müller, Hesse, Canotilho) pretendan integrar texto y realidad constitucional dentro del ámbito jurídico-constitucional. La Teoría de la Constitución con sus instrumentos de análisis y crítica de la realidad y en conexión con el Derecho constitucional en el sentido más estricto, parece haber desplazado a la Teoría del Estado y sobre todo a la Ciencia Política en tales aspectos.

Concepto de Constitución y caracteres del Derecho Constitucional

No existe un concepto unitario de Constitución. Incluso un mismo autor, como podría ser el caso de Carl Schmitt, distingue entre una variedad de conceptos, si bien destacaríamos su enfoque decisionista, al señalar que ante cada regulación existe una decisión política básica. Para Smend, la Constitución sería el orden jurídico de un Estado y se caracterizaría por el carácter político de su objeto, siendo también, dado que el Estado sólo cobra existencia a través de la integración, el orden jurídico de tal integración. Heller, por su parte, consideraría a la Constitución como una totalidad en la que se

“El estudio del Derecho constitucional, al estar su contenido conectado con lo político, es objeto de confrontación intensa, pues es el que explica, describe, comprende y critica la organización del poder político.”

resume en relación dialéctica lo estático y lo dinámico, la normalidad o Constitución no normada y la normatividad o Constitución normativa. La Constitución, en un sentido científico de la realidad, vendría a equipararse con la organización del Estado (García Pelayo).

En el constitucionalismo moderno, la Constitución es concebida como ordenación sistemática y racional de la Comunidad a través de un documento escrito, que permite fijar el contenido de la Constitución, con la consecuencia de producir determinados efectos jurídicos específicos. Gracias a tal formalización, la Constitución como acto escrito y formal y como fuente del derecho, generaría normas jerárquicamente superiores dotadas de una “fuerza superior a las de la ley”, pero tales atributos se referirían no a la esencia de la Constitución, sino más bien a su rango y eficacia; por ello sería conveniente atender a las “materias constitucionales”, y en tal sentido tendría utilidad la expresión Constitución material (o normativa material) para referirse al conjunto de normas que regulan las estructuras del Estado y de la Sociedad en sus aspectos fundamentales, independientemente de las fuentes formales (Gomes Canotilho). G.

Jellinek consideraría a la Constitución en sentido material “como aquellas normas jurídicas que describen los órganos supremos del Estado y establecen su modo de creación, sus relaciones recíprocas... y la posición básica del individuo respecto del poder del Estado” (Allgemeine Staatslehre).

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, interesa subrayar el enfoque normativo de la Constitución, su consideración como ley de leyes, como norma fundamental, u “orden jurídico fundamental del Estado (Kāgi) (31) o de la Comunidad (Hesse)”.

El sentido formal se articularía con un sentido normativo al cualificar un acto como fuente del Derecho Constitucional, con la obligación de todos los destinatarios de considerar tal acto como fuente superior del Derecho. De este modo, se crearían verdaderas normas jurídicas que no tendrían un carácter meramente ideológico, programático o existencial...

Esto supone proclamar la juridicidad de la Constitución, es decir, que toda ella es efectivamente Derecho, pero tal carácter, como ha escrito Albertí Rovira (Proyecto docente inédito), no otorga homogeneidad absoluta a todas las normas que contiene, pues coexisten normas directa e inmediatamente



aplicables, junto a otras que incorporan mandatos para la actuación de los poderes públicos, las que regulan la organización y actuación de los mismos, o las que configurándose como principios explicitan las decisiones político-constitucionales básicas del constituyente.

Por otro lado, volviendo a la cuestión de la Constitución formal, puede distinguirse en ella entre normas referentes a materias típicamente constitucionales (las llamadas normas materialmente o sustancialmente constitucionales) y aquellas otras que, insertas en el texto constitucional, no tienen valor constitucional material (normas formalmente constitucionales, pero no materialmente constitucionales)... Sin embargo, tal distinción no debe llegar a una quiebra de la unidad normativa de la Constitución y en este sentido sería criticable la distinción entre normas constitucionales fuertes y débiles (Maunz), y plantearía dudas la admisión de la posibilidad de las llamadas normas constitucionales anticonstitucionales (Bachof).

Desde un punto de vista no jurídico, sino más bien sociológico-político, se puede aludir a la denominada Constitución real (también calificada como "material" por Mortati entre otros), entendida co-

mo "conjunto de fuerzas políticas, ideológicas y económicas que actúan en una Comunidad y que condicionan decisivamente todo el ordenamiento jurídico" (32).

El Derecho Constitucional es una rama del Derecho dotada de caracteres especiales, entre los que destacaremos en primer lugar su posición jerárquiconormativa predominante; es decir, que el Derecho Constitucional es un Derecho de rango supremo, ocupa una posición de supremacía, la cual es condición necesaria para poder considerar a la Constitución como "orden jurídico fundamental de la Comunidad". En consecuencia, el Derecho Constitucional no puede ser ni suspendido ni modificado por leyes ordinarias, ninguna norma jurídica ni acto estatal puede oponerse a él, mientras que todos los poderes públicos, incluso el legislativo, están vinculados a la Constitución (art. 20.3 y 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn (33).

Las normas de Derecho Constitucional no reciben su validez de otras, sino que ellas mismas incorporan su propio fundamento de validez, independientemente de las alusiones de Kelsen a una norma fundamental (Grundnorm) como fuente de validez. Conviene precisar que la Constitución es Derecho por virtud de la decisión del Poder

Constituyente, y que la principal garantía en la observancia del Derecho Constitucional reside en la Jurisdicción Constitucional, quien en última instancia se pronuncia con carácter vinculante sobre la aplicación del Derecho Constitucional, lo cual no significa que éste pierda sus cualidades jurídicas en caso de ausencia de tal tipo de jurisdicción, pues cualquier juez o tribunal deben aplicar la Constitución estando vinculados por su contenido.

El Derecho Constitucional desempeña una función de límite respecto de las normas de jerarquía inferior en cuanto que las normas constitucionales fijan en parte el contenido propio de las normas inferiores. Es decir, junto a la aludida jerarquización formal a favor de las normas constitucionales, éstas determinan en cierta medida el contenido de las normas a ellas subordinadas. Así, el Derecho Constitucional actuaría como parámetro material de otras ramas del ordenamiento (Derecho Administrativo, Procesal); sin embargo, tales afirmaciones no justificarían el que se considerase a las normas del Derecho ordinario (procesal, civil, ...) como simple ejecución de las normas constitucionales, pues éstas, como veremos a continuación, son normas abiertas, es decir que permiten al legislador un amplio ámbito de configuración de los sectores a regular. El legislador ordinario posee autonomía de determinación, dentro del respeto a la supremacía formal de la Constitución y a aquellas fijaciones de contenido que pudiera incorporar el texto constitucional.

En esta perspectiva hay que situar la valoración de las opiniones de autores que, como Werner, se refieren al Derecho Administrativo como "Derecho constitucional concretizado", o Häberle, que utiliza tal calificación, en nuestra opinión con más fundamento, en relación con el Derecho procesal constitucional (34).

Las normas constitucionales, en cuanto *normae normarum*, que

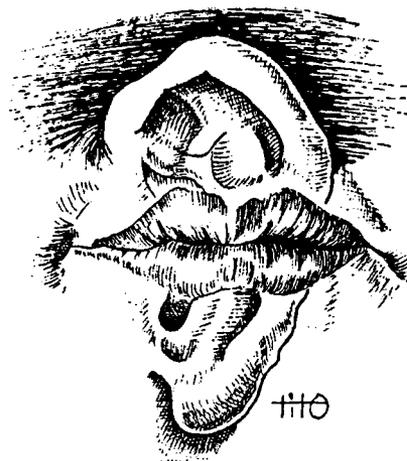
regulan la producción jurídica, configuran el ordenamiento constitucional como superordenamiento en relación con otros ordenamientos, como podían ser en nuestro país los autonómicos, unificándolos con el estatal y estableciendo mediante los correspondientes criterios de jerarquía o competencia una articulación coherente entre los mismos.

Otra significativa característica del Derecho Constitucional, tal como han destacado autores como K. Hesse, es la de su apertura (Öffenheit), en el sentido de que las disposiciones constitucionales no son ni completas ni perfectas, ya que la Constitución no pretende ser un sistema cerrado, sin lagunas y codificado, sino que "regula y a veces a grandes rasgos aquello que parece importante y que necesita determinación, dándose lo demás por supuesto tácitamente o bien confiando al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización".

Dicha apertura está sometida a límites, pero permite un espacio para el juego político y la libre discusión y decisión de las cuestiones, que puedan generar proyectos alternativos. La consideración del Derecho Constitucional como un Derecho de estrategias no debe producir, no obstante, una disolución de su normatividad. Las normas constitucionales tienen una dimensión doble, de conflicto y tensión y de consenso y compromiso, y reflejan en cuanto "estatuto jurídico de lo político", los aspectos conflictivos de la Política, pero ello no debe llevar a considerar al Derecho Constitucional como la ciencia del funcionamiento global del régimen político, cuando en realidad se trata de una ciencia (jurídica) normativa dirigida a la aplicación de las normas constitucionales.

La noción de "apertura" también se refiere al tiempo. Esta idea ha sido desarrollada por Baumlin, Häberle y el propio Hesse. El primero considera que el objeto de la Teoría del Estado se determinará

por su historicidad y que el tiempo es una categoría de la estructura interior del Estado y del Derecho (35). En opinión de Hesse, en una línea semejante, las relaciones vitales reguladas por la Constitución se caracterizarían por su alterabilidad... si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas, históricamente cambiantes, su contenido habrá de permanecer abierto al tiempo... Sólo al precio de frecuentes reformas constitucionales podrá el Derecho Constitucional hacerse preciso, evidente y previsible (36). Es decir, un Derecho susceptible de alteración formal adaptable a las necesidades de evolución política y social. También puede pensarse en la posibilidad de la interpretación constitucional para, sin perder el enfoque normativo constitucional, dar respuesta a los nuevos problemas que se vayan planteando. Häberle ha señalado que el Derecho Constitucional vive en una específica problemática temporal. Por un lado, la rigidez le otorga seguridad, duración y continuidad; por otro, el tiempo penetra de modo especial en el Derecho constitucional respecto de los problemas de la interpretación constitucional abierta y flexible, el procedimiento de reforma constitucional... La continuidad de la Constitución sólo es posible cuando pasado y futuro están en ella conectados (37).



La Constitución cumple su función de orden y estabilidad cuando se limita a lo esencial. Esta afirmación de Stern (38), que se puede asociar con su concepción del contenido de la Constitución como un Derecho no codificado, supone un elemento de crítica para aquellas normas constitucionales que incorporan materias que por su naturaleza no serían constitucionales, pero a las que se intenta dotar de una especial protección, circunstancia que se vería amparada por el enfoque positivista típico, por ejemplo, de autores como Laband y Kelsen, que desconocían el concepto material de Constitución y consideraban que la esencia de la misma reside únicamente en su rigidez y supremacía frente a las leyes ordinarias.

Nos hemos referido antes a normas abiertas, pero la Constitución también fija contenidos. Hesse, autor a quien seguimos en estas páginas de modo especial, señala que no pueden quedar indeterminados los fundamentos del orden de la Comunidad, debiéndose configurar un núcleo estable de aquello que debe tenerse por discutido y decidido; ni tampoco la estructura estatal ni el procedimiento para decidir las cuestiones dejadas abiertas y los conflictos, de tal forma que en la medida en que la propia Constitución renuncie a adoptar decisiones, más importante es que establezca un procedimiento ordenado para la adopción de las mismas. En tal sentido se contrapone a la idea de apertura, la de densidad de las normas constitucionales, aplicable a supuestos en que haya necesidad de decidir en relación con controversias suscitadas, o cuando por ejemplo haya que definir los principios identificadores del orden social.

Conviene tener presente que estas posiciones sobre la apertura del Derecho Constitucional propugnan unos valores procedimentales que estarían destinados a garantizar la libertad y la democracia, rechazándose como iusnaturalistas los valores materiales (P.

Häberle: Verfassungstheorie ohne Naturrecht, 1974). La Constitución sería, pues, un sistema no de valores sustantivos, sino de cláusulas procedimentales que garanticen la alternancia política.

Autores como el propio Häberle y Ely entre otros, criticarían los valores fundamentales en cuanto podrían relativizar la normatividad jurídico-constitucional, estableciendo un orden ontológico supra-positivo. En esta perspectiva se ha señalado recientemente entre nosotros, que si se considera a la Constitución como orden material de valores, ésta no debería integrar más que dos valores, la libertad y la igualdad, pues los demás serían en realidad principios y normas (39).

En el debate actual sobre la teoría de la Constitución se plantea asimismo la cuestión de si la Constitución tiene un carácter finalista o si es un simple instrument of government (Hennis) que establecería competencias, regularía procesos y definiría los límites de la acción política, es decir, que regularía las funciones de organización y serviría de cauce para la adopción de decisiones políticas, reduciendo lo más posible su intervención sobre la sociedad civil. De forma todavía más destacada, Forsthoff califica a la Constitución, de sistema de artificios técnico-jurídicos al servicio del status quo y desprovistos de contenido social y económico, con vistas a poder mantener su juridicidad (40). Estas concepciones tenderían a desconocer que la organización del poder y la garantía de los derechos fundamentales forman una unidad que no debe intentar fragmentarse y que la Constitución desde los orígenes del constitucionalismo pretende una finalidad: realizar y garantizar en todos los sentidos la libertad.

NOTAS

- (1) J. VARELA SUANZES-CARPEGNA: "Tres cursos de Derecho Político en la primera mitad del si-

- glo XIX..." en *Revista de las Cortes Generales*, nº 8 (1986), pp. 96-131, (p. 100).
- (2) F. RUBIO LLORENTE. Nota preliminar a la edición española del *Derecho Político* de E. STEIN, Madrid 1973, p. XIII.
- (3) A. GALLEGO ANABITARTE, "Las asignaturas de Derecho Político y Administrativo: el destino del Derecho público español", *RAP*, nº 100-102 (vol. I, pp. 705-804). Para un conocimiento más detallado de la evolución que comentamos remitimos a dicho texto.
- (4) A. POSADA, *El Derecho Político como espectáculo* (cincuenta años de cátedra), 1883-1933, Madrid 1933, pp. 8-9.
- (5) A. POSADA, *Derecho Constitucional Comparado* (tomo II del *Tratado de Derecho Político*), Madrid 1929, Cap. III, El concepto del Derecho Constitucional, p. 91 y ss.
- (6) Op. cit., p. 71, la referencia comienza señalando que "la Política como ciencia es la ciencia del Estado, el Derecho Político es el Derecho del Estado, pero considerado de un modo general filosófica e históricamente...".
- (7) RUBIO LLORENTE, op. cit., p. XVI.
- (8) NICOLAS PEREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid 1976, vid. especialmente, p. 56 y ss.
- (9) RUBIO LLORENTE, op. cit., p. XVIII.
- (10) JOSEF PÜTZ, *Allgemeines Staatsrecht und Bundestaatsrecht*. 12ª ed., Berlin 1984, p.13.
- (11) KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Tomo I. München 1977, p. 7 (Stern subraya el componente "interno", para distinguirlo del Derecho internacional).
- (12) V. SANTAMARIA DE PAREDES, *Curso de Derecho Político*, 9ª ed., Madrid 1913, p.63.
- (13) K. HESSE, "Concepto y cualidad de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid 1983, p. 17.
- (14) D. VEZANIS, "Verfassung und

- Verfassungsrecht", en *Die moderne Demokratie und ihr Recht*. (Libro homenaje a G. Leibholz), Tübingen 1966, pp. 139-151 (p. 140).
- (15) P. BADURA, *Staatsrecht*, München 1986, p. 16.
- (16) K. STERN, *Das Staatsrecht...*, p. 10.
- (17) J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra 1986, p. 36 y ss.
- (18) F. RUBIO LLORENTE, "La Constitución como fuente del Derecho", en *La Constitución y las fuentes del Derecho*, vol. I, p. 53, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979. (Rubio recoge una referencia de M. Fiedrich, en la Introducción a la obra colectiva, *Verfassung*, Darmstadt, 1978, p. 3).
- (19) SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milán 1946, 2ª ed., p. 11.
- (20) M. GARCIA PELAYO, voz, *Derecho Constitucional*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. F. Seix, t. I, Barcelona, 1975, pp. 382-383.
- (21) F. LUCHAIRE, "De la méthode en Droit constitutionnel", en *RDP*, nº 1 (1981), pp. 275-329.
- (22) L. FAVOREU, "L'apport du Conseil Constitutionnel du droit public", en el número de la revista *Pouvoirs*, dedicado al Conseil Constitutionnel, 13 (1980), pp. 17-26.
- (23) LEO HAMON, "Sur une notion en Débat", (*La théorie du Droit Constitutionnel*) en *RDP*, 1984/2, pp. 298-310.
- (24) MICHAEL TROPER, "La théorie dans l'enseignement du Droit Constitutionnel", en *RDP*, 1984/2, pp. 263-275.
- (25) GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4ª edición, 1986, Coimbra, p. 32 y ss.
- (26) Véase: FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin 1976 (p. 144 y ss.) y *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin 1984 (p. 225 y ss.). Respecto de HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid 1983, p. y ss., 45 y ss., 64 y ss.
- (27) F. MÜLLER, *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Recht-*

sprechung des Bundesverfassungsgerichts (1968) p. 9 y ss., citado por Hesse en op. cit., p. 29.

- (28) GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 33.
- (29) E. GARCIA DE ENTERRIA, Prólogo a su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, p. 27 y ss. Dicho trabajo sería el desencadenante de una destacada polémica sobre la naturaleza del Derecho Constitucional, mantenida entre el Prof. P. Lucas Verdú (El Derecho constitucional como Derecho administrativo. Revista de Derecho Político (UNED nº 13 1982, pp. 7-52) y el propio García de Enterría (El Derecho Constitucional como Derecho, en la revista citada, n. 15 1982, pp. 7-20).
- (30) A título de muestra: MANUEL JIMENEZ DE PARGA, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 6ª edición, Madrid 1983, pp. 29-30.
- (31) W. KÄGI: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des*

Staates. Zurich 1945. "La idea de Constitución... contiene la determinación del orden estatal, desde abajo... Expresión de esta idea es el principio del Poder constituyente del pueblo... La autolegislación es lo que diferencia la Constitución del Estado, del orden del Estado. La Constitución normativa es la expresión de una ética del Estado que considera al individuo no sólo en su existencia garantizada frente al Estado... sino como corresponsable y codicisor y no como mero objeto de la política..." (p. 49).

- (32) GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 64.
- (33) K. HESSE, "Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland. Aufgabe und Funktion der Verfassung" en E. BENDA, W. MAIHOFER, H. J. VOGEL: *Handbuch des Verfassungsrechts*, parte I, Berlín, 1984, pp. 3-27 (p. 18).
- (34) F. WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", en *DVB1*. 59, p. 527. P.

Häberle, "Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", en *JZ*, 1976, p. 377.

- (35) R. BAUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte* (1961), p. 8 y ss. *Lebendige oder gebändigte Demokratie*, Basilea, 1978.
- (36) K. HESSE, "Concepto y cualidad de la Constitución" en *Estudios políticos*, op. cit., p. 19.
- (37) P. HÄBERLE, "Zeit und Verfassung" publicado en *Zeitschrift für Politik* (1974), pp. 111-137 y reproducido en *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlín, 1978, pp. 59-91.
- (38) K. STERN, *Das Staatsrecht...* tomo I, p. 69 y 87.
- (39) MANUEL ARAGON, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en *Política y Sociedad*. Estudios en homenaje a F. Murillo Ferrrol, 1987, vol. I, pp. 285-316.
- (40) Cit. en GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 80 y ss.