



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



MIGUEL REVENGA

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz (España)

**PRESUPUESTOS PARA
LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO
CONSTITUCIONAL**

1964
Liminar de

LUIS CERVANTES LIÑÁN

Estudio Preliminar y edición al cuidado de
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Epílogo de
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

22



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

CUADERNOS DEL RECTORADO

**PRESUPUESTOS PARA
LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO
CONSTITUCIONAL**



MIGUEL REVENGA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz (España)

PRESUPUESTOS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Liminar de
LUIS CERVANTES LIÑÁN

Estudio Preliminar y edición al cuidado de
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Epílogo
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

22

CUADERNOS DEL RECTORADO

UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

Rector: Luis Cervantes Liñan
Vicerrector: Jorge Lazo Manrique
Jefe del Fondo Editorial: Lucas Lavado

Reservados todos los derechos:

© 2010, UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA

Av. Arequipa 1841 - Lince
Telef.: 471 - 1919
Página Web: www.uigv.edu.pe

© 2010, MIGUEL REVENGA
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega
Editor: Lucas Lavado
Correo electrónico: llavadom@hotmail.com
Editor de Cuadernos del Rectorado: José F. Palomino Manchego
Correo electrónico: palominomanchego@gmail.com
Jr. Luis N. Sáenz 557 - Jesús María
Teléf.: 461-2745 Anexo: 3712
Correo electrónico: fondouigv@gmail.com

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2010 - 07599
ISBN : 978-612-45674-3-8

Primera edición junio de 2010

Fecha de impresión junio de 2010
Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Composición e impresión:
MAGNA EDICIONES

ÍNDICE

	Pág.
– Liminar de Luis Cervantes Liñán	9
– Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego	13
– Introducción del autor	35

CAPÍTULO I GOBIERNO LIMITADO Y CONSTITUCIONALISMO ANTIGUO

Gobierno limitado y constitucionalismo antiguo	43
---	----

CAPÍTULO II CONSTITUCION. EL AUGE DE LA IDEA

I. Preliminar	57
II. Revolución, Poder Constituyente y escritura constitucional	62
III. USA frente a Francia: Las razones de una bifurcación	69
A) Las variantes norteamericana y francesa en el ejercicio del poder constituyente. La reforma constitucional y la garantía de los derechos	75

**CAPÍTULO III
FALSEAMIENTO: LAS “TRAMPAS”
DEL POSITIVISMO**

I. Preliminar	81
II. Positivismo <i>versus</i> constitucionalismo	87
III. Estado de Derecho, eclipsamiento de la Constitución y Teoría del Estado	91

**CAPÍTULO IV
DEMOCRATIZACIÓN Y FRACTURA TEÓRICA**

Democratización y fractura teórica	109
---	-----

**CAPÍTULO V
TRAS LAS CENIZAS DE LA GUERRA,
LA RECONSTRUCCIÓN.
EL RETORNO DEL CONSTITUCIONALISMO**

I. Preliminar	137
II. Moral institucional y paradigma constitucional	143
III. Justicia constitucional e interpretación de la Constitución	160

**CAPÍTULO VI
PROGRAMACIÓN DE LAS ASIGNATURAS Y
CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE
EL MODO DE EXPLICARLAS**

I. Explicación previa	187
II. ¿Método socrático o lección magistral?	189
III. ¿Enseñanzas teóricas o enseñanzas prácticas?	192
IV. ¿Docencia o investigación?	194

**CAPÍTULO VII
PROGRAMA DE CURSO**

Derecho Constitucional I	197
Derecho Constitucional II	201
Derecho Constitucional Comparado	208
Bibliografía consultada	211

**EPÍLOGO
¿QUÉ ESTUDIAR? ¿QUÉ ESCRIBIR?
(DESDE LA PERSPECTIVA DEL
DERECHO CONSTITUCIONAL)
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

I. ¿Qué debemos estudiar?	231
II. ¿Qué debemos escribir?	235

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

LIMINAR

LUIS CERVANTES LIÑÁN (*)

Con el título de *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional* (Lima, 2010) el prestigioso catedrático de la Universidad de Cádiz, Miguel Revenga, nos entrega, al igual que hizo en otra ocasión⁽¹⁾, a la comunidad jurídica nacional su reciente libro, el mismo que viene a engrosar la colección de los Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Hace un tiempo atrás vinieron al Perú un grupo de colegas españoles, y me dieron buenas referencias de Miguel Revenga. Entre otros, recuerdo la presencia de Joan Oliver Araujo, Jorge Lozano Miralles, Manuel Medina Guerrero y Juan Manuel López Ulla. Luego de dictar un ciclo de conferencias en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, todos ellos tuvieron una reunión de trabajo con los profesores del área de Derecho Consti-

(*) Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Perú). Doctor *Honoris Causa* por el Bloomfield College de New Jersey (Estados Unidos). Ha sido distinguido con la medalla «José León Barandiarán», otorgada por vez primera por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y con las Palmas Magisteriales en el Grado de «Amauta».

(1) Me refiero a su libro *La libertad de expresión y sus límites. Estudios*, Editorial Grijley, Lima, 2008.

tucional de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Producto de dicho intercambio de ideas muy fructíferas, salió la recomendación para publicar el presente libro. ¡Cuán importante resulta entablar intercambio de ideas con docentes que conocen y dominan su disciplina, y que nos traen ideas nuevas para ponerlas al servicio de los estudiantes de Derecho!

La enseñanza, en términos generales, es uno de los factores decisivos que toda Universidad en el mundo actual, cambiante y globalizado debe de apostar sin ningún tipo de miramientos. Solamente así se asegura el futuro de los profesionales en cualquier saber de la cultura. El conocimiento de los alumnos se nutre a través de la enseñanza científica, y la experiencia de los docentes es el conducto por el cual los alumnos asimilan sus conocimientos. Por eso es que libros como el que ahora nos entrega el catedrático español Miguel Revenga, con sentido académico, deben ser puestos en inmediata circulación.

Ahora bien, tal como lo recuerda Miguel Revenga, el constitucionalista, serio y comprometido con su disciplina, debe esforzarse por atraer la atención del joven estudiante, sobre la base de tres interrogantes bien definidas:

- a) ¿Cuál es el significado de la Constitución como norma política en la que se encuentra el agregado de ideas y concepciones que permite fundamentar un orden de convivencia democrática?
- b) ¿Qué es lo que diferencia, formal y materialmente, a la Constitución del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico? Y, *last but not least*,
- c) ¿Cuáles son las técnicas mediante las cuales se persigue el influjo que la Constitución debería ejercer sobre el ordenamiento jurídico en su dinámica de funcionamiento efectivo?

O sea, el constitucionalista como hombre de Derecho tiene que ser consciente que se mueve en un plano netamente normativo. Sin embargo, no puede estar alejado de la sociedad civil, ni mucho menos de la experiencia jurídica, como consecuencia de las relaciones

indisolubles en una sociedad democrática⁽²⁾, entre gobernante y gobernados. Y además, debe rozar otras disciplinas del saber humano, afines a su formación profesional, como son por ejemplo, la Filosofía Política, la Historia del Derecho y la Psicología Política. Con lo cual, redondea armoniosamente su formación o talante humanista, y reafirma que la cultura es una sola, máxime ahora que estamos viviendo en una sociedad global.

Finalmente, aspiramos aquí destacar que la edición del libro *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional* corrió a cargo de José F. Palomino Manchego, quien apoyado en estándares elevados de docencia universitaria, ha preparado un sesudo Estudio Preliminar, en donde se da cuenta de la personalidad científica y de la obra de Miguel Revenga. Y se cierra con un interesante Epílogo, cargado de ricas sugerencias y valiosas enseñanzas, del eminente constitucionalista Domingo García Belaunde.

En suma, a los tres colegas universitarios les expreso mi vivo agradecimiento, por cuanto han permitido reafirmar las exigencias didácticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, ahora más que nunca con ocasión de cumplir 45 años de su fundación: investigar y enseñar a la juventud peruana, sin distingo alguno.

Lima, mayo de 2010.

⁽²⁾ Al respecto, *vid.* Dieter Nohlen: *La Democracia. Instituciones, concepto y contexto*, Cuaderno del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2010, 440 págs. Liminar de Luis Cervantes Liñán. Presentación de Domingo García Belaunde. Estudio Preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego.

MIGUEL REVENGA

ESTUDIO PRELIMINAR

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO^(*)

SUMILLA: I. Breve digresión introductoria: razones que justifican la publicación del presente libro. II. Labor docente. III. Actividad investigadora y distinciones. IV. Publicaciones. V. La obra «Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional». VI. Consideraciones conclusivas.

I. BREVE DIGRESIÓN INTRODUCTORIA: RAZONES QUE JUSTIFICAN LA PUBLICACIÓN DEL PRESENTE LIBRO

Con sumo agrado afrontamos la tarea de redactar el presente Estudio Preliminar al libro de nuestro distinguido colega español Miguel Revenga Sánchez, intitulado *Presupuestos para la enseñanza del Derecho*

^(*) Profesor de Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Director de la Escuela Académico Profesional de Ciencia Política (2005-2006) y actualmente Director de la Escuela Académico Profesional de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Constitucional. En tal sentido, recordemos que no es la primera vez que nos preocupamos por contribuir a cimentar y como tal, darle al Derecho Constitucional peruano dos caracterizaciones que constituyen la fuerza rectora y soportes metodológicos de primer orden en el mundo jurídico: *a) el estudio y b) la enseñanza*.

En efecto, con anterioridad, en cuanto respecta al estudio del Derecho Constitucional, el año 1994 propiciamos a través del clásico opúsculo de Domingo García Belaunde que lleva por título *Cómo estudiar Derecho Constitucional*⁽¹⁾, el desarrollo académico entre los profesores a fin de que se siga alentando la siembra del Derecho Constitucional. Y el tiempo se ha encargado de corroborar ese objetivo tan anhelado. La marcha progresiva de nuestra disciplina hasta el día de hoy, no ha dejado ningún género de dudas. Y por ello puede decirse que García Belaunde, con su sensibilidad exquisita, ha consagrado toda su rica experiencia y puesto el más colmado empeño para reafirmar la importancia que revisite el estudio del Derecho Constitucional.

Y por lo que se refiere a la *enseñanza* del Derecho Constitucional, en su significado más general, mucho hemos aprendido de los colegas españoles, como consecuencia de sus estudios aparecidos en el Perú. En primer término, se debe al catedrático español Francisco Fernández Segado⁽²⁾ el haber contribuido decididamente a indagar y explicar, con el pulso de su pluma, la cuestión terminológica, trascendencia conceptual, ubicación, dimensión valorativa, método y unidades analíticas del Derecho Constitucional. Posturas que se complementan con sus permanentes visitas al Perú y diversos países de América Latina, impregna-

⁽¹⁾ Vid. Domingo García Belaunde: *Cómo estudiar Derecho Constitucional*, 3ª. edición revisada y corregida, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2000, 56 págs. Edición al cuidado y notas introductorias de José F. Palomino Manchego. Efectivamente, en realidad, la primera vez que circuló en forma de opúsculo fue en 1994. Y la versión original data de 1985. Hay una 4ª. edición, corregida y copiosamente aumentada en las prensas.

⁽²⁾ Vid. Francisco Fernández Segado: *Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional (Su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1995, 356 págs. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde.

do de nobles sentimientos, para poder tomar contacto recíproco entre los constitucionalistas ibéricos y los latinoamericanos, incluyendo al dinámico “Movimiento constitucional peruano”.

En segundo lugar, con la puesta en circulación en el año 2001 del libro *El Derecho Constitucional y su enseñanza*⁽³⁾, cuya autoría corresponde a mi dilecto colega de la Universidad del País Vasco, Javier Tajadura Tejada, los constitucionalistas peruanos toman conciencia del debate metodológico que sucedía en España, como también se proponen encuadrar al Derecho Constitucional como disciplina científica, especialmente, teniendo en cuenta la experiencia sucedida en el Derecho Constitucional español: objetivo, fuentes, debate metodológico y metodología docente.

Más de pronto, en tercer orden, el profesor de la cinco veces centenaria Universidad Santiago de Compostela, José Julio Fernández Rodríguez, ha dado a la estampa, el año 2008, un sesudo libro que lleva por título *Los fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*⁽⁴⁾. Para darle cima a su obra, se apoya en los tres grandes fenómenos al igual que tres grandes creaciones humanas: el Derecho, el Estado y la Constitución, con el propósito de que los cultores del Derecho Constitucional abordemos desde la óptica que nos pertenece el desarrollo de las referidas categorías. Con lo cual, Fernández Rodríguez ofrece el aporte de los elementos heurísticos y propedéuticos que sirvan de punto de partida epistemológico (o sea, referido a fundamentos y métodos del conocimiento científico) para el estudio y la investigación en Derecho Constitucional, y también, desde un punto de vista más genérico, del Derecho Público, siguiendo el proceso de reconstrucción, como producto de los cambios y alteraciones que las últimas décadas

⁽³⁾ Vid. Javier Tajadura Tejada: *El Derecho Constitucional y su enseñanza*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2001, 166 págs. Liminar de Domingo García Belaunde, Estudio Preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego y Apéndice de Edgar Carpio Marcos.

⁽⁴⁾ Vid. José Julio Fernández Rodríguez: *Los fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2008, 182 págs. Antecede Estudio Preliminar de Gerardo Eto Cruz y Epílogo de Domingo García Belaunde.

han deparado a nuestras sociedades desde las claves de la técnica, la globalización, los trasnacional, el multiculturalismo, etc.⁽⁵⁾

Y, ahora que el Derecho Constitucional gira en función de la estela del orden internacional y del mundo globalizado, el libro de Miguel Revenga cuyo título es *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, reafirma que el Derecho Constitucional peruano –de notable floración– brinda preferente atención a los presupuestos metodológicos expresados mediante la enseñanza, –una especie de “formación básica”–, tradición que empezó a desarrollarse desde el siglo XIX a través del libro de Ramón de Salas y Cortés (Zaragoza, 1753-Madrid, 1837), pensador de ideas liberales, intitulado *Lecciones de Derecho Público Constitucional*⁽⁶⁾, y que también fue publicado en Perú en 1827.

¡Claro está!, sin descartar la presencia de dos jalones en el contexto histórico –entre los siglos XVIII y XIX– bien representado por:

- a) El Abate Giuseppe Compagnoni (Lugo di Ravenna, 3-III-1754-Milano, 29-XII-1833), Secretario General de la Repubblica Cispadana –a la sazón, Estado satélite de la República francesa, y ubicada al norte de Italia– a quien se le confió la primera cátedra de Derecho Constitucional en Europa, desde las aulas de la Universidad de Ferrara, y autor del libro *Elementi di Diritto Costituzionale Democratico ossia Principj di Giuspubblico Universale*⁽⁷⁾ aparecido en Venecia en 1797. Y,

⁽⁵⁾ Cfr. José Julio Fernández Rodríguez: *Los fundamentos del Derecho Constitucional (Derecho, Estado y Constitución)*, ob. cit., pág. 29.

⁽⁶⁾ Vid. Ramón de Salas y Cortés: *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, 2 ts., en un solo volumen, Imprenta Republicana por José María Concha, reimpresas en Lima, 1827, XXV+250 págs. En realidad, el libro de Ramón de Salas y Cortés, en 2 tomos, se publicó por vez primera en Madrid el año de 1821 en la Imprenta el Censor. En la primera parte, integrada por 22 lecciones, tal como advierte el autor, se explican los principios fundamentales generalmente admitidos del Derecho Público Constitucional. Luego, en la segunda parte, compuesta por 33 lecciones, se examina, a modo de comentario, la Constitución de Cádiz de 1812, sobre la base de los principios sentados en la primera parte. En la actualidad ha vuelto a ser reeditado en 1982 por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, edición y Estudio Preliminar de José Luis Bermejo Cabrero.

⁽⁷⁾ Cfr. Giuseppe Compagnoni: *Elementi di Diritto Costituzionale Democratico ossia Principj di Giuspubblico Universale*, Dalla Tipografia de Antonio Curti, Venezia,

- b) Pellegrino Rossi (Carrara, 13-VII-1787-Roma, 15-XI-1848), doctor por la Universidad de Bolonia, luego se nacionalizó francés, siendo nombrado en 1834 profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, y de Economía Política en el Colegio de Francia. Rossi fue autor de uno de los libros clásicos del Derecho Constitucional, producto de las lecciones que dictó durante los años 1835-1836 y 1836-1837, y que lleva por título *Cours de Droit Constitutionnel*⁽⁸⁾.

II. LABOR DOCENTE

Mirando bien las cosas, Miguel Revenga—dueño de un bondadoso corazón— se inició desde muy joven como docente en la vida universitaria.

MDCCXCVII, 247 págs. El libro ha sido reimpresso por el Centro Editoriale de Toscano, Firenze, 1987, con Introduzione di Salvo Mastellone, y es el que tengo a la vista. *Vid.*, por todos, Humberto J. La Roche: “Anotaciones sobre la enseñanza del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política”, en *Revista de la Universidad del Zulia*, Segunda Época, N° 7, Maracaibo, págs. 3-16; Jorge Miranda: “O ensino do Direito Constitucional em Portugal”, en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXXIX, N° 2, Coimbra, 1998, págs. 851-859; Paolo Cifonolfi: “Compagnoni a Ferrara”, en *Lorenza Carlassare: Il Diritto Costituzionale a duecento anni dall' istituzione della prima cattedra in Europa (Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997)*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1998, págs. 17-24 y Remedio Sánchez Ferriz-Mariano García Pechuán (Coordinadores): *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Colección Ideas y Políticas Constitucionales, N° 1, Valencia, 2001. Agradezco una vez más, al profesor Alessandro Pizzorusso de la Universidad de Pisa, por haberme permitido conocer gran parte de la literatura jurídica italiana acerca de la enseñanza y el método del Derecho Constitucional.

⁽⁸⁾ *Cfr.* Pellegrino Rossi, *Cours de Droit Constitutionnel*, 4 ts., Librairie de Guillaumin et Cie., París, 1866-1867. Recueilli par M.A. Porée, précédé d'une Introduction par M.C. Bon-Compagni. El *Cours...* que tenemos a la vista, forma parte de las obras completas que auspició el gobierno italiano en aquella época. En el Derecho Constitucional—decía Rossi— se encuentran las demás ramas del Derecho estatal: «ses têtes de chapitres». *Vid.*, por todos, AA.VV.: *Un liberale europeo: Pellegrino Rossi (Atti della giornata di studio)* A cura di Luigi Lacchè, Dott. A. Guiffirè Editore, Milano, 2001. La férrea formación y personalidad científica le permitió también a Rossi enseñar Derecho Penal. *Vid.*, su *Tratado de Derecho Penal*, 2 ts., traducido del francés por Cayetano Cortés, 2ª edición, Imprenta de Policarpo López, Madrid, 1872.

Es Licenciado en Derecho (con grado) salido de las filas de la Universidad Complutense de Madrid (junio de 1978) y Doctor en Derecho (con premio extraordinario) por la Universidad de Cádiz (junio de 1987).

En tal sentido, en términos estrictos, la actividad docente de Miguel Revenga, de noble prestancia, data desde mediados de los años 80 del siglo XX, y su génesis intelectual se puede resumir de la siguiente manera: Dedicación en exclusiva a la docencia y a la investigación en el campo del Derecho Constitucional, desde 1984, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz y en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid, Profesor-tutor de Derecho Constitucional, Ciencia Política y Teoría del Estado en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), desde 1990 hasta la actualidad.

Y, desde el punto de vista foráneo es asiduo Profesor visitante en los Cursos de doctorado de la Facoltà di Giurisprudenza de la Universidad de Pisa (Italia) durante los años académicos 1996/97, 1997/98, 1998/99, 1999/00, 2000/01, 2001/02, 2002/03, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008 y 2008/2009, Profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad Lasalle de San José de Costa Rica (julio, 1996), Director y ponente del Curso “La eficacia de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, San José de Costa Rica, (febrero, 2006), Co-director y ponente del Curso “Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica (enero, 2007).

Además, Miguel Revenga, quien hace de la educación un apostolado, es Co-director y ponente de las V Jornadas ítalo españolas de Justicia Constitucional, Ravello, Italia (21 y 22 de septiembre, 2006), Profesor invitado en la Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo de Morelia (México), maestrías en “Derecho de la Información” (módulo “secretos de Estado y Constitución”) y en “Derechos fundamentales” (“módulo “Derechos humanos y constitucionalismo”) (2002, 2004 y 2005) y Profesor invitado en la Pontificia Universidad Católica de Lima (Perú),

maestría en “Derecho con mención en política jurisdiccional” (módulo “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”) (noviembre, 2006).

El amor por la enseñanza, y por tanto, el hecho de seguir artillando sus conocimientos, para dar trabajos de estricto oriente jurídico-constitucional, nos permite sostener que Miguel Revenga viene dejando una trayectoria luminosa en el campo del Derecho Constitucional, conservando siempre la lucidez de su sapiencia.

III. ACTIVIDAD INVESTIGADORA Y DISTINCIONES

En otro orden de consideraciones, la actividad investigadora de Miguel Revenga expresa bien a las claras que es un docente preocupado por seguir adquiriendo sólidos conocimientos a través de la experiencia comparada: estancia en el Istituto di Diritto Comparato de la Universidad de Florencia (Italia), del 1º de abril de 1988 al 30 de junio de 1988, Visiting Scholar en la Universidad de California en Berkeley (Estados Unidos), del 1º de setiembre de 1993 al 30 de junio 1994 y Jean Monnet Fellow en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia), del 1º de setiembre de 1996 al 30 de junio de 1997. Los resultados obtenidos en sus estancias investigadoras no pudieron ser más promisorios en nuestro autor y admirado colega.

Y, entre otros méritos que tiene auestas Miguel Revenga, en su fecunda carrera magisterial de elevada cultural, hay que recordar los siguientes:

- Director-coordinador de la Escuela Universitaria de Graduados Sociales de la Universidad de Cádiz, desde septiembre de 1991 a junio de 1993.
- Premio “Antonio Maura” de artículos jurídicos, del Colegio de Abogados de Madrid, convocatoria de 2002, por el trabajo (inédito) “La Unión Europea y la teoría del abuso de Derecho”.
- Miembro del Standing Group del European Consortium for Political Research sobre “Extremism and Democracy”.
- Miembro del Consejo asesor de la Revista de Derecho Político, Revista de Estudios Fronterizos, Revista Iberoamericana de Derecho

Procesal Constitucional y de la Revista de Estudios sobre Seguridad e Inteligencia.

- Consultor de la Agencia Española de Cooperación Internacional en Chile (mayo de 2006) y Bolivia (julio de 2007).
- Director del Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid (2004-2006).
- Miembro del Consejo Honorario del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Michoacana “San Nicolás de Hidalgo”, Morelia, México.
- Director del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Cádiz, 24 y 25 de enero de 2008.
- Vocal asesor de la Comisión Nacional para la Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Y,
- Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Constitucionalistas de España.

IV. PUBLICACIONES

Entre los libros que ha publicado Miguel Revenga, y escritos desde su mocedad pretérita, con personal esmero en su bien trabajada existencia, además de un aproximado de 75 artículos que tiene redactados en diversas revistas especializadas de España y del extranjero, sin ánimo de exhaustividad, puede citarse el siguiente repertorio bibliográfico:

- *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- *Los retrasos judiciales*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1992.
- *El Imperio de la Política. Seguridad nacional y Secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1995.
- *Acceso judicial a la obtención de datos* (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

- *Derechos Humanos y Seguridad Nacional*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España* (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio* (con Pablo Santolaya), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- *Cincuenta años de Corte Constitucional italiana, Veinticinco años de Tribunal Constitucional español* (Coord.), Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.
- *La Europa de los derechos, entre tolerancia e intransigencia*, Difusión Jurídica, Madrid, 2007.
- *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (ed. con Andréa Viana), Tirant lo Blanch/Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III, Valencia, 2008.
- *La libertad de expresión y sus límites. Estudios*, Editorial Grijley, Lima, 2008.
- *El Poder Judicial. VI Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España* (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

De lo expuesto se colige que Miguel Revenga ha dejado profunda huella de su esfuerzo e inteligencia a través de sus diversas obras, en donde se recogen lo esencial y más depurado de la doctrina constitucional española con miras hacia el Derecho Constitucional Comparado. Y, al llegar a este trance, hay que reconocer que las fuentes en que se fundan cada uno de sus libros son de primera mano.

Es más, consciente de su labor como docente, tarea que debe afirmarse en todos los órdenes culturales, ha prologado, con magistrales juicios y fina observación crítica, los libros de los siguientes autores: Juan Manuel López Ulla: *Libertad de informar y derecho a expresarse. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1994); Antonio Ibáñez Macías: *La reforma agraria andaluza desde la Constitución española* (Tirant lo Blanch, Valencia, 1996) y Antonio Ibáñez Macías: *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local* (Difusión Jurídica, Madrid, 2007).

V. LA OBRA «PRESUPUESTOS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL»

Resulta suficiente claro que, desde sus primeros trabajos Miguel Revenga –catedrático de viva inteligencia– ha demostrado el dominio de las fuentes bibliográficas del Derecho Constitucional angloamericano, italiano y francés. No en vano domina perfectamente estos tres idiomas. En efecto, en su libro de juventud –su primer fruto en la prometedora vida universitaria, de superlativa valía– *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*⁽⁹⁾ que constituyó su tesis doctoral⁽¹⁰⁾, sustentado en junio de 1987 en la Universidad de Cádiz, ya hacía gala del anclaje bibliográfico foráneo o comparado de autores que sentaron las bases en un segmento tan importante del denominado “Derecho Constitucional del Poder” –así lo solía emplear en frase feliz el recordado profesor del Plata, Germán J. Bidart Campos (1927-1994)– como es el del Gobierno.

Para lo cual, Miguel Revenga, en perspectiva rigurosamente metodológica –aptitud que reafirma y aplica posteriormente en cada de uno de sus estudios– destaca tajantemente que se imponen escalonadamente dos consideraciones, entendidas como punto de partida de su tesis doctoral:

“a) La de que la definición de las formas de gobierno, y singularmente de la forma de gobierno parlamentaria, se encuentra indisociablemente unida al modo como se dispone la forma de ocupación de la titularidad del órgano ejecutivo. Así lo entiende en nuestros días la mayor parte de la doctrina, buscando, en consecuencia, la clave del parlamentarismo no tanto en la eventual exi-

⁽⁹⁾ Vid. Miguel Revenga: *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 366 págs.

⁽¹⁰⁾ El jurado calificador estuvo integrado por los profesores Joaquín Tomás Villarroya (1927-1992), Javier Pérez Royo, Javier Jiménez Campo, Pablo Pérez Tremps y Luis García Ruiz, quienes le concedieron la máxima calificación. Miguel Revenga, con posterioridad, ha tocado su tema favorito en el ensayo que lleva por título: “El problema de la formación del Gobierno en la Segunda República”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 65, Julio-Septiembre, Madrid, 1989, págs. 197-227.

gencia de la responsabilidad política gubernamental, sino en el hecho de que el Gobierno emana del Parlamento y sustenta el ejercicio del poder en la instauración de un vínculo de confianza de carácter permanente...

- b) La de que, como consecuencia de lo anterior y por añadidura, el momento de la gestación del Gobierno y el estudio del procedimiento que lleva a la asunción por su parte de las funciones que le reserva el ordenamiento proporciona datos de enorme interés para la teoría constitucional...⁽¹¹⁾.

Se ha querido traer a colación su tesis doctoral, por cuanto ella constituye un prototipo de la línea de investigación que debe emplear el constitucionalista serio y comprometido tenazmente con su disciplina. Pero, más allá de esto, hay que remitirse al esquema de la tesis que a continuación se detalla:

- Nota preliminar.
- Introducción.
 - I) Génesis, objeto y método del trabajo.
 - II) Bases histórico-constitucionales del problema de la formación del Gobierno.

CAPÍTULO I

La búsqueda por el constituyente de un modelo de intervención parlamentaria en la designación del gobierno.

CAPÍTULO II

La aminoración de la plenitud de funciones del Gobierno como presupuesto para el inicio de las consultas. Hipótesis de aplicación.

CAPÍTULO III

Fase preparatoria. Las consultas del Rey y la tramitación de la propuesta.

⁽¹¹⁾ Cfr. Miguel Revenga: *La formación del Gobierno en la Constitución española de 1978*, ob. cit., págs. 11-12.

CAPÍTULO IV

Fase constitutiva. La investidura parlamentaria.

CAPÍTULO V

Culminación del procedimiento. Nombramiento del Presidente y designación de los Ministros.

CAPÍTULO VI

El procedimiento de formación del órgano colegiado ejecutivo en las comunidades autónomas.

CAPÍTULO VII

- Conclusiones.
- Índice alfabético de nombres.
- Índice de materias.

Abundan razones de peso para añadir lo siguiente: nuestro autor, formado reciamente en las lecturas de los clásicos, no solamente es un buen expositor dotado de ideas claras y precisas a tenor de los planteamientos que suele argumentar, sino que como complemento de su *ethos* pensante, escribe cada una de sus obras con un lenguaje claro y sencillo. Con lo cual, va asociando sus ideas al correr de la pluma para llegar finamente al lector culto. Eso ocurre también, por ejemplo, con el libro, el primero que se publica en el Perú el 2008, , que a su vez invitamos a leer, intitulado *La libertad de expresión y sus límites. Estudios*⁽¹²⁾, en donde Revenga Sánchez advierte que: “se trata de trabajos escritos en circunstancias y con propósitos diversos y cuyo ámbito de estudio también presenta perfiles diferenciados”.

Y por qué no decirlo también, lo mismo acontece con su ensayo que tiene por título “Tres variantes y una coda sobre la articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdiccional ordinaria” publicado en Perú, un año antes, en el 2007. En esta ocasión, Miguel Revenga, asume

⁽¹²⁾ Vid. Miguel Revenga Sánchez: *La libertad de expresión y sus límites. Estudios*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2008, 216 págs. Antecede Prólogo de Francisco J. Eguiguren Praeli.

a las siguientes conclusiones: “La evolución del Estado constitucional durante los últimos dos siglos demuestra que no ha sido fácil asentar la idea de que la Constitución es una ley fundamental, que demanda mecanismos jurisdiccionales capaces de salvaguardar la fuerza normativa de la misma. Si el ideal del constitucionalismo de todos los tiempos fue confiar en que el Derecho podía limitar el poder, hoy tal creencia puede considerarse reforzada gracias a los cambios espectaculares que se han producido en las concepciones generalizadas sobre el significado de los derechos fundamentales, las funciones de la Constitución y el contenido de la democracia”⁽¹³⁾.

La pregunta de rigor que se debe estar planteando el atento y culto lector es: ¿Cómo se gestó en Perú la publicación del libro *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional?*, que, por lo demás, dado el tiempo transcurrido no oculta su carácter de actualidad. La respuesta requiere un comentario un tanto regular. Veamos.

Recuerdo que mi apreciado colega mexicano y ex rector de la Universidad Veracruzana, Salvador Valencia Carmona, organizó durante los días 14 y 15 de octubre de 2003 el Primer Congreso Internacional de Derecho Municipal en la sede del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Guardo agradables y gratos recuerdos de aquella memorable jornada. A dicha velada académica asistieron más de 54 expositores, y la metodología de trabajo se circunscribió de la siguiente manera: *a)* Ponencias y *b)* Relatorías, que tuvo a su vez dos mesas redondas: “El municipio y los legisladores” y “Municipio, desarrollo y asociaciones municipales”⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. Miguel Revenga Sánchez: “Tres variantes y una coda sobre la articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdiccional ordinaria”, en José F. Palomino Manchego (Coordinador): *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, 2ª. edición, t. I, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, págs. 89-104. Una primera versión se publicó en Pablo Pérez Tremps (Coordinador): *Derecho Procesal Constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2005, págs. 67-83.

⁽¹⁴⁾ Una vez finalizado el Congreso Internacional, de México D.F., emprendimos viaje a Xalapa-Veracruz. En la Universidad Veracruzana el profesor Valencia Carmona

Y es de notar que, entre los colegas españoles que se me vienen a la memoria, menciono a Joan Oliver Araujo, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Jorge Lozano Miralles, y por cierto, a Miguel Revenga Sánchez. Fue en esa atmósfera académica llena de hospitalidades por parte de los colegas mexicanos, tan común en ellos, especialmente del solícito organizador Salvador Valencia Carmona, que empezamos a trazar el proyecto de publicar el libro *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*. En realidad, celebro sobremanera la enorme fortuna de haber tratado a cada uno de ellos en un ambiente cultural y de sólida tradición jurídica como es la mexicana, y que al fluir de los años se ha fraguado una amistad sin mácula.

A Miguel Revenga le tocó sustentar, ante un atento auditorio lleno de bote a bote, granjeándose generales simpatías, la ponencia “Autonomía local y defensa de la Constitución en España”. El núcleo de su exposición final trajo consigo las siguientes conclusiones:

“Las medidas expuestas cierran por ahora el círculo del acoso que la democracia española ha decidido oponer al fenómeno terrorista. Tomadas aisladamente, cada una de ellas permite intuir cuáles han sido algunos de los problemas bajo cuya presión se ha desarrollado la vida democrática, en sus diferentes ámbitos, sin que ello haya supuesto sucumbir a la inclinación hacia lo excepcional que caracterizó nuestro constitucionalismo histórico. Y consideradas en su conjunto acreditan que la defensa de la Constitución, que es equivalente a la de la razón a secas, gana en consistencia cuanto menos proclive sea a tomar la deriva hacia lo excepcional.

había organizado el día 17 de octubre a las 19:00 hrs. una mesa redonda sobre la situación actual del Derecho Municipal. Al finalizar el evento, a los colegas extranjeros en un gesto de hermandad se les nombró “Huésped Distinguido” del Honorable Ayuntamiento Constitucional de Xalapa-Veracruz.

La utilidad de la Constitución de la emergencia equivale así, también en lo que atañe a la división territorial del poder, a la de aquellos leones dormido, de aspecto imponente, que yacen al pie de ciertas estatuas, no para disuadirnos de que nos acerquemos a ellas, sino para recordarnos el valor de lo que guardan”⁽¹⁵⁾.

Importa sobre todo subrayar dado la importancia del tema que, el Comité Técnico del Primer Congreso Internacional de Derecho Municipal que estuvo integrado por los profesores Antonio María Hernández, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Joan Oliver Araujo y Salvador Valencia Carmona, formuló importantísimas conclusiones –a nuestro juicio, indiscutibles– las mismas que fueron leídas y aprobadas en la ceremonia de clausura, y que no pueden obviarse:

- I. Las constituciones de cada país deben establecer los principios generales que garanticen y fortalezcan la autonomía municipal en sus distintas dimensiones. Los municipios, a su vez, deben otorgar participación y representatividad a las entidades locales menores que los integran. Estos mismos principios deben inspirar a las constituciones particulares de los Estados y a los ordenamientos que los desarrollen.
- II. Al municipio se le debe reconocer su potestad de autoorganización, que permita establecer formas de gobierno más flexibles y adaptadas a la realidad comunal. El ayuntamiento, institución de profunda tradición histórica, es una forma de gobierno idónea para el municipio, siendo compatible con otras modalidades que han probado su eficacia en otras latitudes.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Miguel Revenga Sánchez: «Autonomía local y defensa de la Constitución en España» en Salvador Valencia Carmona (Coordinador): *El municipio en México y en el mundo. Primer Congreso Internacional de Derecho Municipal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2005, págs. 389-407, en concreto, pág. 405.

- III. Es preciso delimitar al ámbito competencial del municipio, así como determinar, según su naturaleza jurídica, los servicios públicos que le corresponden. Se requiere articular un servicio civil de carrera en las entidades municipales. La selección y promoción de funcionarios y empleados debe ser rigurosa, objetiva y por concurso, a fin de contribuir a una mayor eficacia de los servicios públicos municipales.
- IV. Un municipio aislado de su entorno es un serio obstáculo para su desarrollo; por ello, la cooperación municipal es un objetivo prioritario. Es necesario promover e intensificar las asociaciones de municipios, tanto a nivel nacional como regional. Las asociaciones de municipios deben contar con un marco constitucional y legal apropiado.
- V. Es recomendable establecer instancias conciliatorias en los municipios, cuya función sea complementaria, pero no excluyente de la actividad judicial. Las instancias conciliatorias entrañan una respuesta sencilla y práctica para muchos conflictos de carácter comunal que pueden solucionarse sin un proceso formal.
- VI. Es necesario impulsar la democratización a través de la participación ciudadana en las decisiones del gobierno municipal. Para la consecución de dicho propósito es asimismo aconsejable introducir instrumentos de democracia directa o semidirecta, como el refrendo, la iniciativa popular y otros medios de participación y de control semejantes⁽¹⁶⁾.

Luego de traer a colación esta justiciera evocación, el lector atento podrá inferir de inmediato que el Derecho Municipal cumple en Iberoamérica un papel preponderante para reforzar los cauces de la democracia y de la gobernabilidad, como producto del acercamiento en la vida cotidiana universitaria de los colegas, sin ningún tipo de desfallecimiento.

⁽¹⁶⁾ *Vid.*, las conclusiones en Salvador Valencia Carmona (Coordinador): *El municipio en México y en el mundo*, *ob. cit.*, págs. 793-794.

Al año siguiente, 2004, Joan Oliver Araujo en su condición de catedrático de la Universidad de las Islas Baleares, organizó las *I Jornadas Iberoamericanas de Derecho Constitucional*, entre los días 25 y 26 de junio. Una vez más, coincidimos con Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Jorge Lozano Miralles, ambos de la Universidad de Jaén, Salvador Valencia Carmona de la Universidad Nacional Autónoma de México, Gerardo Prado de la Universidad San Carlos de Guatemala. Y por cierto, también con Miguel Revenga, como representante de la Universidad de Cádiz. Oliver Araujo y sus colaboradores, tal como he dado cuenta en otra ocasión⁽¹⁷⁾, y obviamente como era de esperar, nos acogieron a los colegas invitados con afecto y simpatía. La ponencia de Miguel Revenga versó sobre: “Reforma estatutaria y reforma de los gobiernos locales”.

Después de haber realizado los primeros bocetos en México, D.F., fue, en realidad, en la quietud de la isla dorada Palma de Mallorca en donde con Miguel Revenga, una vez que concluyó la velada académica que había montado Joan Oliver, finiquitamos la publicación del presente libro, rodeados de bellísimos paisajes como Valldemosa –lugar que acogió también en su día al “príncipe de las letras castellanas” Rubén Darío (1867-1916)– y acompañados de buenos vinos y selectos platos típicos. Bien decía Miguel de Unamuno (1864-1936) cuando en octubre de 1916 se encontraba en la “roqueta” o “isla de las calmas” Mallorca: “*iGratias Ago Tibi, Domine, propter magnan gloriam tuam!*: ¡Gracias, Señor, por haber dado a España esa ermita abrazada por tu cielo y tu mar latinos!”. “¡Hermosa tierra para envejecer despacio!, y es de hecho la parte de España, esta España insular, en que a más altas edades se llega. Es donde más viejos y sanos se ve”.

⁽¹⁷⁾ Vid. José F. Palomino Manchego: “I Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Constitucional: «La descentralización política y administrativa»”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 6, N° 10, Enero-Junio, Lima, 2005, págs. 157-162. No menos importante fue el Seminario Internacional “La Autonomía Local en Europa y Latinoamérica” que organizó diligentemente Gerardo Ruiz-Rico Ruiz en la Universidad de Jaén durante los días 1° y 2 de diciembre de 2003, como producto de la red temática sobre “La descentralización política y administrativa en España y Latinoamérica (Perú, Guatemala y México)”.

Ahora bien, es hora de tocar puerto. De modo general y esquemático, el libro *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional* se estructura en VII capítulos y un Epílogo que suenan así:

- Liminar de Luis Cervantes Liñán.
- Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego.
- Introducción del autor.

CAPÍTULO I

Gobierno limitado y constitucionalismo antiguo.

CAPÍTULO II

Constitución. El auge de la idea.

CAPÍTULO III

Falseamiento: Las “trampas” del positivismo.

CAPÍTULO IV

Democratización y fractura teórica.

CAPÍTULO V

Tras las cenizas de la guerra, la reconstrucción. El retorno del constitucionalismo.

CAPÍTULO VI

Programación de las asignaturas y consideraciones básicas sobre el modo de explicarlas.

CAPÍTULO VII

Programa de curso:

Derecho Constitucional I.

Derecho Constitucional II.

Derecho Constitucional Comparado.

- Bibliografía consultada.
- Epílogo de Domingo García Belaunde
“¿Qué estudiar? ¿Qué escribir? (Desde la perspectiva del Derecho Constitucional)”.

El libro *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, requiere algunos comentarios previos, siquiera sean breves, a fin de encuadrar una vez más el pensamiento de su autor:

- a) En cuanto respecta a los planteamientos, Miguel Revenga comienza estimando que el enfoque característico de la Constitución como norma jurídica y los problemas de derivan de su explicación y desarrollo, es el más adecuado para el estudio y la enseñanza del Derecho Constitucional. Sin embargo, advierte que no se puede dejar de lado el proceso político del cual depende, en definitiva, la efectividad de la Constitución. ¿Y qué decir de la tan mentada fuerza normativa de la Constitución, según frase certera de Konrad Hesse (1919-2005)? A tal fin, Miguel Revenga sostiene que no surge del vacío. A propósito, en el caso peruano, bien ha puntualizado el Tribunal Constitucional que:

“Conforme al principio de fuerza normativa de la Constitución la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, al propio Tribunal Constitucional) y a la sociedad en su conjunto (FJ 12. e)”. STC N.º 5854-2005-PA/TC.

- b) En el Capítulo I, Miguel Revenga lleva a cabo un recorrido histórico (Grecia, Atenas, Roma, Edad Media, Edad Moderna) del fenómeno denominado constitucionalismo, cuyo punto de entronque se afianzó en el siglo XVIII, época en la que nace y se asienta la burguesía, dejando de lado al Estado absolutista. Para lo cual, apoyado en el sociólogo y humanista español Enrique Gómez Arboleya (1910-1959), recuerda que fueron tres los factores que coadyuvaron a tal alumbramiento: a) La recepción o “resurrección” del Derecho Romano. b) La teoría del Derecho Natural racional. Y, c) La recepción de un constitucionalismo tradicional y continuista, como el inglés.
- c) Miguel Revenga, en el Capítulo II centra su objeto de estudio en el concepto de Constitución. Para ello recoge la experiencia de la Revo-

lución norteamericana y de la Revolución francesa, realidades que no se pueden obviar para justificar precisamente el contenido y alcance de la Constitución visto desde el contexto histórico. En tales circunstancias, y teniendo al frente los textos constitucionales, y en cierta medida la jurisprudencia emanada por los jueces del Poder Judicial, por ejemplo, John Marshall (1755-1835), Revenga justifica el auge revolucionario del constitucionalismo, como resultado feliz es el vocablo “Constitución”.

- d) En el Capítulo III, Miguel Revenga asevera con vigor que Europa es un laboratorio constitucional en el que la pulsión política genera un continuo replanteamiento de los grandes problemas de fondo. Sin embargo, demuestra que existe un falseamiento constitucional, a través de la soberanía con sus terribles dilemas, trayendo a colación la figura de Sir Edward Coke (1552-1634) en 1628, especialmente, en el siglo XIX europeo en donde se presenta la desintegración del Estado constitucional como producto de la ascendente polarización entre los dos principios de soberanía democrática y soberanía monárquica, que por la propia fuerza de las cosas, se enfrentan irreductiblemente. Añádase a ello, dice Revenga, el persistente influjo de una concepción de lo jurídico de corte rigurosamente positivista, en donde se evidencia que la Constitución es Derecho del poder y no de la libertad.
- e) En lo tocante al Capítulo IV, Miguel Revenga hace un repaso en torno a la idea y la defensa de la Constitución. Para tal propósito, confronta las ideas de Hans Kelsen (1881-1973) y Carl Schmitt (1888-1985) en el fragmentado y polarizado clima político de Weimar, sin dejar de contemplar los aportes de Rudolf Smend (1882-1975) y de Hermann Heller (1891-1933). De tal suerte, la República de Weimar fue en su día un permanente y óptimo caldo de cultivo para dar a luz ideas que a través de los años consolidó a la Teoría de la Constitución.
- f) Así valora Miguel Revenga, en el Capítulo V, el retorno del constitucionalismo: el viejo Estado-Nación que surgió en el renacimiento está perdiendo su condición de referente único de la actividad política, y por tanto, el constitucionalismo entendido como

ideología de la libertad y emancipación de los seres humanos, afronta nuevos y apasionantes retos. Siendo este el momento adecuado para que el constitucionalismo teniendo a cuestas toda una rica experiencia acumulada, se plasme en los ideales de la revolución francesa: libertad, igualdad y fraternidad.

- g) Por lo que respecta al Capítulo VI, relativo a la programación de las asignaturas y consideraciones básicas sobre el modo de explicarlas, Miguel Revenga se plantea las siguientes interrogantes: ¿Método socrático o lección magistral? ¿Enseñanzas teóricas o enseñanzas prácticas? Y ¿Docencia o investigación? En tales consideraciones, apoyado en la normatividad universitaria española demuestra que deben de buscarse nuevos horizontes o directrices con el propósito de consolidar la enseñanza del Derecho Constitucional.
- b) Y, finalmente, con el propósito de darle mayor rigor a su investigación, en el Capítulo VII, Miguel Revenga ofrece el contenido de diversos ejes temáticos que sirven como objeto de estudio y desarrollo en el campo del Derecho Constitucional. En ese orden de ideas, vertebra con buen criterio metodológico tres rubros: a) Derecho Constitucional I, b) Derecho Constitucional II y c) Derecho Constitucional Comparado.

Esta somera exposición revela que Miguel Revenga ha puesto en el presente libro *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional* toda su escrupulosidad y tenacidad científica. Y estrictamente, ha realizado un planteamiento metodológico eficaz y coherente, apoyado en soportes bibliográficos de primera mano, sin haber descuidado en ningún momento a los autores clásicos que le han servido, con toda seguridad como fuentes de inspiración. Su esmero habitual y su imparcialidad científica probada se han reafirmado, una vez más, con la presente publicación. Y en esta oportunidad, para beneficio de la comunidad constitucional peruana.

VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Estamos, pues, por las razones ya expuestas, frente a una de las obras más indiscutibles y más definitivas de Miguel Revenga, en donde se ve claridad y énfasis, tal como sucede en cada uno de sus libros, y cuyo tema es primordial para cualquier docente que desee formarse y cultivar la noble disciplina del Derecho Constitucional. Su juventud le permite

seguir dando lo mejor de sí con nuevos aportes doctrinarios, y continuar profesando el noble apostolado de la enseñanza por un espacio de varios lustros, rodeado de sus discípulos, y en provecho de las generaciones postreras.

Por consiguiente, el libro *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, redactado con escrupulosa finalidad, y siempre henchido de sugerencias, al igual que las demás obras de Miguel Revenga, corrobora su culto por la libertad y la justicia a favor de las nuevas generaciones, y la serenidad que tiene para el trabajo académico. A este respecto, el resultado obtenido no pudo ser más acabado y feliz. Máxime, si se tiene en cuenta el Epílogo que se acompaña al final del libro proveniente de la pluma autorizada, del más alto vuelo, de Domingo García Belaunde –verdadero pozo de conocimientos– con el título “Qué estudiar? ¿Qué escribir? (Desde el punto de vista del Derecho Constitucional)”. De este modo, y para concluir, a él también le expresamos, una vez más, nuestra viva gratitud por colaborar para darle el formato final al libro de Miguel Revenga.

De México, D.F. a Xalapa-Veracruz, octubre de 2003.

Islas Baleares, junio de 2004.

Lima, mayo de 2010.

INTRODUCCIÓN

I. A MODO DE JUSTIFICACIÓN

Hace ya bastantes años, cuando con ocasión del concurso a una plaza de profesor titular, me enfrenté a la tesitura de redactar un proyecto docente, el Derecho Constitucional vivía un momento de transformación. Del añejo Derecho Político acababan de desgajarse dos áreas de conocimiento que respondían básicamente a dos enfoques de la asignatura: sociológico-político el uno, centrado en la dinámica de despliegue de los procesos políticos; jurídico-formal el otro, con su punto de enfoque en las características de la Constitución como norma jurídica y en los problemas derivados de su aplicación y desarrollo.

Redacté entonces un proyecto que, releído al cabo de los años, produce cierta sensación de eclecticismo. Habiendo de concursar a una plaza del área de Derecho Constitucional, fui consciente de que la concepción de la asignatura sólo podía decantarse por el segundo de los enfoques señalados. Pero defendí, al mismo tiempo, que muy pocas cosas podían entenderse en nuestra asignatura si se dejaba de lado el proceso político del que, en definitiva, dependía la efectividad de la Constitución.

Mi concepto del Derecho Constitucional, y la delimitación de los contornos del área de conocimiento, reivindicaban el sincretismo, aún a costa de reflejar buenas dosis de esquizofrenia metodológica. Era consciente de lo que había que enseñar –el sistema constitucional español, que acababa de sobrepasar por entonces los diez años de vida– pero me

sentía incapaz de hacerlo sin el correspondiente arsenal politológico, al que consideraba imprescindible para la cabal comprensión de las categorías y los conceptos constitucionales. Que calificara la querella metodológica, todavía pujante entonces (aunque el viejo Derecho Político se hubiese escindido ya de forma irremediable), como la “manifestación de un dualismo recurrente”, es la muestra más evidente de lo que a la sazón creía.

Mi estrategia para la elaboración del proyecto docente estuvo animada por la siguiente idea central: el Derecho Constitucional es ciencia incompleta, y aún huera, sin el influjo vivificador de categorías doctrinales tomadas (idespués de tanto tiempo!) de la Teoría del Estado de impronta germana. En ella, Ciencia del Derecho y teoría de los procesos políticos habrían encontrado, según lo creía entonces, cierto equilibrio acomodaticio, además de notable consistencia lógica.

Lo que pretendía justificar era acaso lo injustificable: cuánta Teoría del Estado, llamémosla así, era necesaria para comprender el significado de la Constitución en su forma externa y en su proyección efectiva. Conceptos tales como *Estado*, *soberanía*, *poder constituyente* o *legitimidad* –por mencionar algunos– me parecían no ya centrales en mi consideración general de la asignatura, sino verdaderos puntos de partida para realizar una aproximación “científica” al Derecho Constitucional digna de tal nombre.

Más de una década adicional de dedicación exclusiva a la enseñanza e investigación en el campo del Derecho Constitucional han variado, cuando menos parcialmente, mi modo de ver las cosas. De tal variación adquiero plena conciencia cuando, con motivo del replanteamiento del presente proyecto docente, me formulo lo que considero la pregunta clave para una correcta elaboración del mismo. La pregunta se refiere al lugar que ocupa el Derecho Constitucional en el conjunto de la formación jurídica de un alumno de Derecho, y es susceptible de desdoblarse en una serie de cuestiones secundarias, cuyo planteamiento y respuesta deben actuar a modo de líneas directrices para el desarrollo del proyecto.

Simplificando un poco las cosas, podría decirse que el constitucionalista debe esforzarse por atraer la atención del alumno acerca los siguientes extremos:

- a) Cuál es el significado de la Constitución como norma política en la que se encuentra el agregado de ideas y concepciones que permite fundamentar un orden de convivencia democrática.
- b) Qué es lo que diferencia, formal y materialmente, a la Constitución del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico y, *last but not least*
- c) Cuáles son las técnicas mediante las cuales se persigue el influjo que la Constitución debería ejercer sobre el ordenamiento jurídico en su dinámica de funcionamiento efectivo.

Todo ello con una dificultad adicional a efectos docentes: la formación básica en Derecho Constitucional se aborda en los momentos iniciales de los estudios de Derecho, cuando el alumno se encuentra todavía lejos de estar familiarizado con los conceptos y las técnicas propias de la Ciencia Jurídica, lo que convierte muchas veces la enseñanza del Derecho Constitucional en una introducción, a secas, al ámbito de lo jurídico. La tarea del constitucionalista es entonces cualquier cosa menos fácil: no sólo habrá de realizar, en esos momentos iniciales de la vida universitaria del alumno, abundantes incursiones por la filosofía política y por la historia (y aún por la filosofía de la historia), para hacer inteligible el extremo *a*), sino que además, y al objeto de hacerse entender en aquello que afecta a los extremos *b*) y *c*), necesitará moverse cómodamente en los terrenos, no siempre fáciles de transitar, de la teoría y los conceptos generales de la Ciencia del Derecho.

II. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO

Tengo para mí que la fijación, con ribetes obsesivos, en favor de la inclusión de una Teoría del Estado que actuara a modo de exordio de los contenidos de nuestra asignatura propiamente dichos, era consecuencia de cierta actitud indecisa en cuanto al método. Una indecisión que venía acompañada de problemas relativos a la búsqueda de un espacio académico propio, como consecuencia de circunstancias históricas bien conocidas: la “huída” de una realidad en la que no tenían encaje posible las categorías constitucionales construidas en nuestro entorno

sociopolítico, lo que llevaba a compensar el déficit de juridicidad –consecuencia del caudillismo autoritario que alentaba el sistema– con construcciones etéreas, que permitían dar cierto empaque teórico a la disciplina, echando tierra (como no fuera por la vía indirecta de la comparación) sobre las miserias y peculiaridades del régimen autoritario.

La Teoría del Estado explicada al modo decimonónico, según el modelo de los grandes tratadistas germanos (la célebre *línea* Gerber-Laband-Jellinek viene de inmediato a la cabeza), y el “institucionismo” de impronta franco-italiana, con Maurice Hauriou y Santi Romano como nombres de rigor, permitían dar apariencia de sistema, de “ciencia” incluso, al “universal comodín” sobre el que ironizara Nicolás Ramiro Rico, otro de los nombres ineludibles cuando se trata de reflexionar sobre el tortuoso devenir de nuestra disciplina durante el franquismo.

Varias décadas de tradición académica no pasan en balde. La resistencia a abandonar viejos enfoques, vigente ya la Constitución de 1978, vino a llamar la atención acerca de la necesidad de asentar nuestra disciplina sobre bases más sólidas que las de la mera glosa positivista de los preceptos constitucionales, aplicados e interpretados por los órganos jurisdiccionales, con el Tribunal Constitucional, en tanto que *supremo intérprete*, situado a la cabeza de ellos.

La célebre polémica entre los profesores García de Enterría y Lucas Verdú podría aducirse como botón de muestra del momento en el que el Derecho Político experimentaba un proceso de decantación hacia el Derecho Constitucional, y el Derecho Constitucional se mostraba renuente a dejar de ser Político. A uno y otro profesor debemos muchos de los que entonces comenzábamos a profundizar en el estudio de la asignatura la reafirmación de una curiosidad intelectual cuyos caminos se nos antojan hoy perfectamente complementarios: uno centrado en la tradición constitucional norteamericana, y orientado hacia la aplicación jurisdiccional de la Constitución; el otro, insistiendo en la dimensión cultural y valorativa de nuestra disciplina, con su punto de inflexión en las grandes aportaciones doctrinales de la Alemania de Weimar.

A más de veinte años de distancia, comparar la referida polémica con otros debates más recientes, como por ejemplo los relativos al instituto del Amparo, la funcionalidad del Senado, o el cada vez más

acuciante sobre la propia conveniencia de abrir la espita de la reforma constitucional, son un excelente indicio para calibrar la evolución del Derecho Constitucional en el seno de nuestra comunidad científica⁽¹⁾.

El Derecho Constitucional español, digámoslo ya, puede quitarse de encima cualquier complejo que pudiera derivarse de hipotéticos déficits epistemológicos padecidos en el pasado. Bajo el influjo de una Constitución democrática que ya ha sobrepasado sus 25 años de vida, bastantes miles de páginas de aportaciones doctrinales, y algunas decenas de tomos de jurisprudencia constitucional, atestiguan que en España el oficio de constitucionalista, y la Ciencia del Derecho Constitucional, se integran en un sistema del todo equiparable al oficio y la ciencia cultivado, bajo el mismo nombre, allende nuestras fronteras.

La razón es bien pedestre, pero basta por sí sola para quitar sentido al empeño de continuar explorando los supuestos arcanos del método. Una disciplina tan asentada como la nuestra no necesita proclamar, para convencer no se sabe a quién, que el Derecho Constitucional avanza por la senda de la “cientifismo” gracias al recurso del método jurídico. Porque teniendo, como tenemos, una Constitución normativa, ¿qué otra cosa, sino método jurídico, podría emplearse para afrontar los problemas planteados, *lege data* o *lege ferenda*, por una norma, todo lo peculiar que se quiera, pero norma al cabo, como la Constitución?

Hacer Derecho Constitucional con un mínimo de rigor científico no es cuestión de sincretismos metodológicos ni de mixturas, sino un problema de tomar en serio la “fuerza normativa de la Constitución” (según la feliz expresión de Konrad Hesse), extrayendo de ella las consecuencias que procedan. Esto resulta hoy una obviedad, pero conviene tenerlo presente cuando se trata de reflexionar sobre el núcleo de las concepciones que alumbran la propia visión de la asignatura, condicionando de manera decisiva la disposición de materiales de conocimiento en que cualquier programa, o plan para la acción docente, consiste.

⁽¹⁾ Remito, por todos, a los trabajos de Peces Barba, Pérez Royo y Cascajo Castro, publicados en *Claves de Razón práctica*, 138 (2003), con ocasión del vigésimo quinto aniversario de la Constitución.

La fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío. La normatividad constitucional presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la política y el Derecho –política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político– la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva.

Dicha dificultad, históricamente persistente, aún cuando el decurso del Estado constitucional haya caminado hacia una superación (siempre imperfecta y parcial) de la misma, es la que obliga a rastrear los momentos constitucionales del pasado. La idea presente de Constitución procede de ellos, como también tales momentos son hijos de circunstancias políticas que no deben olvidarse. El Derecho Constitucional y el concepto de Constitución que hoy profesamos se han ido haciendo sobre la base de afirmaciones y negaciones, de utopías que aspiraban a tomar cuerpo y resistencias que tomaban del pasado su capacidad de obstruir y “rebajar” en la práctica, hasta hacerlos irreconocibles, los elevados objetivos plasmados en el documento constitucional.

Todo ello necesita desde el punto de vista didáctico de una teoría que aporte, como lo hace cualquier teoría, cierta ilusión de coherencia, un hilo conductor capaz de revelar, con sus persistencias y discontinuidades, una lógica, fragmentaria y parcial si se quiere, pero lógica al fin, que haga inteligible la realidad presente –el Estado constitucional y democrático– desde la perspectiva de los avatares del pasado.

Dicha teoría y dicha lógica, más que centrarse en el Estado –al fin y al cabo una mera forma de organización sometida, como lo apreciamos hoy espectacularmente, a la erosión del tiempo– debería ser construida, a nuestro juicio, desde el otro polo del binomio “Estado Constitucional”, es decir, desde la continuidad de ciertos rasgos culturales previos, sin duda más etéreos que aquella organización que tomó realidad corpórea al derrumbarse el mundo del medievo. Me refiero a la *idea de constitucionalismo*, una idea –ideología, si se quiere– que cuenta en su

favor con la fascinación de lo simple: la limitación del poder para garantizar espacios de libertad, y que probablemente por ello permite reconstruir, ordenar y unificar realidades históricas plurales, analizándolas bajo el prisma de un concepto de significado polivalente y cambiante, el de Constitución, y de una ideología, el constitucionalismo, cuya aspiración central es justamente llenar dicho concepto de una significación precisa.

En las páginas que siguen intentamos trazar un itinerario, de los muchos posibles, a través de los avatares de este concepto y de aquella idea. Y ello no con la intención de arrojar luz sobre el fondo de unas cuestiones sobre las que es difícil eludir la impresión de que ya está todo dicho, sino simplemente con el propósito de mostrar, haciendo explícita nuestra *personal selección del recorrido*, cuáles son los presupuestos desde los cuales proyectamos y programamos la enseñanza del Derecho Constitucional.

MIGUEL REVENGA

CAPÍTULO I

GOBIERNO LIMITADO Y CONSTITUCIONALISMO ANTIGUO

El término “constitucionalismo” comparte, como se ha dicho, idénticas características a las que son propias de muchos “ismos”: no tiene un significado claramente descriptivo ni prescriptivo; sus contornos no son fáciles de discernir, y sus raíces históricas son inciertas y de la más diversa naturaleza. Con tales observaciones genéricas comienza Casper su glosa del término para la *Encyclopedia of American Constitution*⁽²⁾. Walton Hamilton, un defensor del realismo jurídico y autor de la misma voz en una obra más clásica, la *Encyclopedia of the Social Sciences*, arranca, por su parte, con vena irónica: “constitucionalismo es el nombre con el cual designamos la confianza que los hombres depositan en el valor de unas palabras recogidas en un pergamino para limitar el poder de los gobernantes”⁽³⁾.

Uno y otro enfoque parecen ser deudores de puntos de vista distintos en torno al valor último de la idea constitucional. El primero da cuenta de la complejidad de la idea, y defiende la necesidad de mirar al pasado para alcanzar alguna certidumbre. El segundo opera mediante

⁽²⁾ Gerhardt Casper, “Constitutionalism”, en L. Levy, K. Karst y D. Mahoney, (eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Nueva York, MacMillan, 1986, vol. 2, pp. 473 y ss.

⁽³⁾ Walton Hamilton, “Constitutionalism”, en E. A. Selidman *et al.* (eds.), *Encyclopedia of the Social Sciences*, Nueva York, MacMillan, 1931, pp. 255 y ss.

una simplificación reductora, y parece estar pensando exclusivamente en un significado prescriptivo de Constitución, entendida al estilo “de los modernos”.

Quizá una aproximación de naturaleza filosófica al vocablo “Constitución” pueda tener alguna utilidad para seguir adelante. La voz “Constitución”, nos dice Ferrater Mora en su magno *Diccionario de Filosofía*, arrastra significados muy diversos que, aunque centrados en la acción del fundar, oscilan entre la creación y la simple ordenación de lo dado. Ferrater se apoya extensamente en las ideas de Rudolf Carnap, el miembro del Círculo de Viena y autor de una *teoría de la Constitución de los conceptos*, cuyo objetivo fue desbrozar el camino para superar la mencionada bifurcación de significados, entre “engendrar” y “ser conocido”. El hecho de constituir debe ser considerado, a juicio de Carnap, desde un punto de vista puramente neutral y utilizando un lenguaje neutral que no prejuzgue cuestiones de índole metafísica. “La finalidad de la teoría de la Constitución –escribe Carnap– consiste en la edificación de un sistema de objetos (o conceptos) ordenados de acuerdo con diferentes grados; el orden gradual está determinado, a su vez, por el hecho de que los objetos de cada grado están constituidos a base de objetos del grado inferior”⁽⁴⁾. A este fin, prosigue Carnap, es preciso abordar cuatro problemas fundamentales:

- Elegir un punto de partida, un primer grado sobre el que puedan fundarse los demás (problema de la base del sistema).
- Determinar las formas recurrentes dentro de las cuales se realiza el paso de un grado al siguiente (problema de la forma gradual).
- Investigar de qué modo son constituidos los objetos de diferentes especies por la aplicación gradual de las formas (problema de las formas objetivas).
- Precisar la forma general del sistema (problema de la forma del sistema).

⁽⁴⁾ *Der logische Aufbau der Welt*, cit. en José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1979, vol. I, p. 610.

Con lo cual, apostilla el autor de *La construcción lógica del mundo, constituer equivale, en el fondo, a reducir*. Es esta conclusión apodíctica la que nos interesa destacar a los efectos de poder sentar, muy someramente, alguna idea relativa a la supuesta impronta *constitucionalista* de las formas políticas del mundo clásico y del medioevo.

La polémica sobre la existencia de un hipotético constitucionalismo “antiguo” cobró cierto auge entre nosotros a propósito de la difusión del libro de Charles H. McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*. La traducción española, anunciada y esperada por espacio de años, contribuyó a poner sobre el tapete una serie de tópicos del pensamiento constitucional cuyo sentido evoca el que deja traslucir la célebre conferencia dictada en 1819 por Benjamin Constant, con el título *De la liberté des modernes comparée à celle des antiques*. En uno y otro caso, los autores operan por reducción buscando un fundamento último de los casos estudiados; fundamento que no responde a una lógica inmanente a éstos, sino que se *descubre* gracias a una interpretación trascendente del pasado que, desde el respectivo tiempo presente de ambos autores, viene a iluminarlo con las luces constitucionales⁽⁵⁾.

Un constitucionalismo *moderno*, con Constitución escrita, como reducción racional o acto de voluntad plenamente consciente, propicia así la interpretación compendiada del pasado en clave constitucional.

En el mundo griego, verdadero vivero de lo que hoy llamaríamos una ingeniería constitucional pródiga en recursos, tres nombres insig-nen vienen de inmediato a la cabeza. El primero es el de Solón, y su Carta para regir la ciudad-estado de Atenas. La tiranía como forma de gobierno, imperante en las diversas ciudades hasta los siglos VIII y VII a.C., y el predominio de la aristocracia, se ven allí atemperados mediante la creación de una asamblea del pueblo (*Ekklesia*), competente para la decisión de las cuestiones fundamentales, así como por la de un tribunal popular (*Heliaia*), llamado a dirimir los conflictos relativos a la forma en que se desempeñaban las funciones públicas.

⁽⁵⁾ Cfr. la Introducción, a cargo de Giovanni Paoletti, a Benjamin Constant, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Turín, Einaudi, 2001, con un enjundioso Epílogo, “Perfil del liberalismo”, de Pier Paolo Portinaro.

El segundo de los nombres ineludibles a la hora de buscar precedentes remotos del empeño constitucionalista es el de Platón. Su Diálogo *El Político*, en efecto, ha sido a menudo presentado como la primera reflexión profunda sobre la relación entre el poder político y la ley. El tema central de dicho Diálogo es, como es sabido, el de las ventajas e inconvenientes de sujetar el poder mediante la operatividad de la ley. El gobierno limitado se presenta como una especie de forma indecisa –el puente con la crítica de Carl Schmitt al parlamentarismo resulta evidente– en el que el principio de prevenir que el Gobierno haga demasiado mal es, al propio tiempo, la rémora que obstaculiza hacer el bien. ¿Conviene renunciar al bien para prevenir el mal, o es preferible someterse al mal para asegurar el bien? Consideraciones de este género son las que inducen a Platón a defender como forma perfecta de gobierno aquella fundada sobre la discreción del gobernante, y no sobre la ley. Su reivindicación del filósofo-rey, capaz de hacer de su arte una ley, viene a ser así el precedente más clásico del pensamiento político favorable a un poder regio fuerte y centralizado.

El nombre de Aristóteles completa, en fin, la tríada griega que querríamos traer a colación. Verdadero fundador de la ciencia de la política, la aportación del estagirita no es sólo fundamental en materia de formas de gobierno, sino además, en lo que a nosotros nos afecta, porque aporta una definición sumarisima de un término, el de *politeia*, que comienza a traducirse, al menos desde el siglo XVIII, como Constitución. “Una Constitución –se lee en el Capítulo VI del Libro Tercero de *La Política*– es la ordenación de las distintas magistraturas de la ciudad, y especialmente de la suprema”⁽⁶⁾. Una definición ésta que es consecuente con lo que Sartori llama la “dimensión vertical de la política”, y en la que se echa clamorosamente en falta lo que el cristianismo, la Reforma, el racionalismo iusnaturalista y el iluminismo añadirían posteriormente: el valor de lo individual⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Aristóteles, *La Política*, edición de Julio Pallí, Barcelona, Bruguera, 1974, p. 132.

⁽⁷⁾ Cfr. Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1987, vol. 2 (“Los problemas clásicos”), Cpt. X (“La democracia griega y la democracia moderna”), donde es claro el influjo de Isaiah Berlin, sobre todo de *Two Concepts of Liberty*, con la diferenciación que, a su vez, está en la obra de Constant antes citada, entre la libertad negativa (la de los modernos, “hecha del pacífico goce de la independencia privada”) y la libertad positiva de los antiguos, “basada en la participación activa y constante en el poder colectivo”.

Desde la perspectiva constitucionalista, quizá el valor de las experiencias de la Roma republicana, y del Imperio, radica precisamente en el descubrimiento del protagonismo del individuo en la escena política. De la mano del estoicismo, el pensamiento político comienza, en efecto, a aclarar dos ideas y a entremezclarlas en un esquema común de valores: la idea de individuo como ejemplar único e irrepetible de la especie humana con vida personal y privada, y la idea de universalidad de una humanidad que alcanzaba a todo el mundo, y en la que todos los hombres estaban dotados de una naturaleza que compartían. En el nuevo universo conceptual, la igualdad deja de estar supeditada a la ciudadanía en el marco territorial de la ciudad-estado. La libertad dejará también de ser atributo de la ciudadanía para convertirse en elemento ontológico del ser humano.

En el pensamiento estoico, como expone Sabine, por encima de la diversidad de la costumbre, la ley superior de la razón debería ser común a todas las ciudades y su acatamiento vendría a evitar la oposición de las costumbres, aunque no su diversidad⁽⁸⁾. Puede afirmarse así que la creación de un orden jurídico mundial fue una de las pretensiones de los estoicos, en coherencia con su idea de una comunidad universal, sobre la base de la razón que es la ley de la naturaleza⁽⁹⁾. El *punte* con la actual aspiración cosmopolita, revivificadora de tales ideas por la vía del Kant de *La paz perpetua*, es también aquí evidente.

Los nombres de Polibio y Cicerón resultan inexcusables en esta sumarásima incursión por el pensamiento de interesada (por nuestra parte) impronta “constitucionalista”. El primero, verdadero mentor de

⁽⁸⁾ Por si a alguien le extrañara la aparición, en este contexto, del libro de Sabine que enseguida citaré, no resisto el impulso de recordar aquí que tal libro lo fue de texto en la asignatura llamada entonces Derecho Político del primer Curso de la licenciatura, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid durante el “juliano” Año académico, que duró de enero a junio de 1974, siendo responsable del grupo, si mi memoria no me traiciona, el hoy catedrático en la Universidad Autónoma, Juan José Solozábal. Manejo ahora el mismo ejemplar, ya ajado, con el que descubrí entonces que el universo de lo político se componía de bastantes más cosas de lo que la casposa retórica del tardo-franquismo dejaba entrever.

⁽⁹⁾ George Sabine, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, Cpt. VIII (“El Derecho Natural”).

la ciencia de la comparación, es célebre por su conocida teoría de la sucesión de las constituciones. Según él, las sociedades conocen necesariamente, entre cataclismos cíclicos en los que toda civilización resulta aniquilada, la siguiente evolución: la monarquía, estado inicial que se define por la adhesión natural al más fuerte, se transforma en realeza, que es una monarquía moralizada en la que el poder de un soberano justo se funda en la libre adhesión. La realeza degenera en tiranía cuando el rey cede al impulso de sus pasiones; la tiranía es destruida por la sublevación de los mejores, a quienes el pueblo, en recompensa, confía el poder, fundándose de esta forma una aristocracia que, debido a la intemperancia de las siguientes generaciones de aristócratas, se transforma en oligarquía. La rebelión popular da origen entonces a la democracia, devota de la libertad y la igualdad, pero la ambición de algunos (sobre todo de los ricos) corrompe al pueblo: crisis, luchas entre facciones, proscripciones y matanzas serán el inevitable corolario generador de la catástrofe cuyo resultado será la monarquía que reinicia el ciclo.

Como ya había visto Aristóteles, el gobierno ideal ha de basarse en una combinación de formas capaz de generar un equilibrio a través del juego de fuerzas contrarias. Según Polibio, legitimador de la expansión imperial, semejante ideal se habría alcanzado en Roma, cuya Constitución satisface la exigencia indicada. Los poderes de los cónsules hacían pensar en una realeza; los del Senado, en una aristocracia, y los del pueblo, a través de los comicios, en una democracia.

Cicerón, por su parte, comparte el sólito entusiasmo por el gobierno mixto, pero el interés de su obra, a nuestros efectos, radica en la actualización de la doctrina estoica de un Derecho Natural *avant la lettre*, llevada a cabo por el mismo, y que alcanzaría notable influjo a lo largo de los siglos. Según Cicerón, hay un Derecho Natural universal que surge a la vez del providencial gobierno del mundo por Dios, y de la naturaleza racional y social de los seres humanos que les hace afines a Dios. Este derecho universal es el mismo en todas partes y obliga mutuamente a todas las naciones. Ninguna legislación que lo infrinja merece el nombre de ley, porque ningún gobernante ni pueblo puede convertir lo injusto en justo, y viceversa⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Sabine, *Historia de la teoría política*, Cpt. IX (“Cicerón y los Jurisconsultos romanos”).

De aquella ley universal de la naturaleza surge la igualdad como una exigencia moral, aunque no exista de hecho, y la conciudadanía en la que todos los hombres viven supone ciertos rasgos comunes entre ellos. Para Cicerón, esto no desemboca en una preferencia por la democracia: “la igualdad de derecho o la democracia es una quimera imposible, y los pueblos más enemigos de toda dominación y todo yugo han conferido los poderes más amplios a algunos de sus elegidos, fijándose con cuidado en la importancia de los rangos y en el mérito de los hombres”. Pero sí avala la exigencia de una dignidad común para todos los hombres, que incluye a los esclavos.

De ese axioma de la dignidad común se desprenden consideraciones fundamentales sobre la concepción, que pudiéramos llamar *juridicista* del poder. Una República no puede perdurar, o lo hará en malas condiciones, a menos que se base en la conciencia de las obligaciones recíprocas y el mutuo reconocimiento de los derechos que vinculan a los ciudadanos entre sí, llevando a la práctica las consecuencias de esta conciencia. “Es la República –escribe– cosa del pueblo, considerando como tal no a todos los hombres de cualquier modo congregados, sino a la reunión que tiene su fundamento en el consentimiento jurídico y en la común utilidad (...). La libertad no puede existir verdaderamente sino allí donde el pueblo sabe mantener sus prerrogativas (...). Sólo entonces es la cosa pública cosa del pueblo”.

Con todas las salvedades relativas a un concepto de pueblo que poco tiene que ver con el que sustentará las doctrinas revolucionarias de la época contemporánea, quizá pueden presentarse tales postulados ciceronianos como la síntesis de la aportación romana al acervo del constitucionalismo antiguo. A semejanza de la *lex*, como contrato entre individuos privados, cuya fuerza radica en el consentimiento (*sponsio*) de los contratantes, la *lex publica* será presentada como un convenio de todos, conforme expresa el célebre brocardo *lex est communis reipublicae sponsio*.

El *sponsio*, como esencia misma del viejo contrato *inter privatos*, trasciende así el ámbito de lo privado, para erigirse en principio político fundamental, dando lugar a la imagen, en pugna con el absolutismo del príncipe, de que el *populus* es la fuente última de la autoridad política.

Un autor como Corwin, interesado en rastrear los orígenes de la idea de *Higher Law* y su influencia en la construcción norteamericana

de la *judicial review*, enfatiza la importancia de la obra de Cicerón, desde una doble perspectiva. En primer lugar, debido a la insistencia del filósofo romano en un Derecho Natural no necesitado de más intérprete que el propio individuo. De ahí se seguirá la presentación de la ley contraria a la Constitución como una ley inconstitucional *per se*, y no porque la autoridad conferida a los Tribunales así lo declare. En segundo término, por la descripción del Juez, presente en *De legibus*, como “boca de la ley” (*magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*), una imagen persistente en los escritos de Coke o Montesquieu, que continúa deslumbrándonos⁽¹¹⁾.

Las representaciones políticas de la Edad Media aparecerán así marcadas por la contraposición entre lo que el Rey puede hacer sobre la base de su sola voluntad, y aquello que, por formar parte del derecho inmemorial de los súbditos, resulta vedado a la acción unilateral (en el sentido de no consentida) del monarca.

La obra del inglés Henry of Bracton, Juez él mismo durante el reinado de Enrique III (1216-1272), debe su reputación al hecho de estar basada en una recopilación de más de 2.000 decisiones judiciales. El análisis de éstas permite al autor poner en contacto el emergente *common law* de la época, con el Derecho Romano y con las ideas medievales relativas a la vigencia de un derecho superior, al que el rey debe acatamiento. “El Rey –se lee en un pasaje del Tratado de Bracton, muy a menudo citado– no debería estar sujeto a los hombres, sino sujeto a Dios y a la ley, puesto que es la ley la que instituye al Rey. Permitamos, pues, al Rey atribuir a la ley lo que la ley le concede, singularmente dominio y poder, pues no hay Rey allí donde impera la voluntad, no la ley”.

Tales palabras de Bracton reflejan a la perfección el concepto, plenamente vigente, al menos en la baja Edad Media, de que toda autoridad deriva de la ley, y se halla, en consecuencia, limitada por ella. A ese respecto nos recuerda Matteucci que el Gobierno limitado se representa en la iconografía medieval mediante un Rey que porta en una mano la espada y en la otra un libro.

⁽¹¹⁾ Sobre lo anterior, Cfr. Edward Corwin, *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1955, p.14.

“A un Rey que gobierna rectamente –dirá Bracton– le son necesarias estas dos cosas: las armas y las leyes”. Las armas para combatir contra los enemigos exteriores y los rebeldes internos que amenazan la tranquilidad del reino; las leyes, para mantener una situación de paz, basada en la justicia, entre los súbditos.

En tal dicotomía aparece implícita la distinción entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, en la que tanto insisten autores como MacIlwain o Matteucci. El empleo de las armas es materia de *gubernaculum*, y abarca todo lo que se refiere a las relaciones externas y al orden interno, es decir a lo que, en terminología moderna, se conocerá con el nombre de asuntos de Estado o *arcana imperii*. Se trata, por su naturaleza, de un poder discrecional, *extra legem*, y cuyo ejercicio no depende de leyes establecidas, sino que se funda en la prudencia y en la sabiduría del Rey.

Junto al *gubernaculum*, está la *iurisdictio*, la cual se concreta en la competencia de administrar la justicia, que es lo que confiere al Rey la cualidad de “soberano”. En este ámbito, sí es operativo el límite de la ley. Como *fons iustitiae*, en cuya virtud el trono es ocupado por el Rey, éste ha de pronunciarse, por sí o por delegación, *secundum legem*, erigiéndose en garante de que la resolución de los conflictos resulte ajustada a la ley, puesto que, como hemos visto, “es la ley la que instituye al Rey”.

Sobre tales presupuestos se funda también uno de los lugares comunes de la literatura política del medioevo: la distinción entre el rey y el tirano, entre el rey como ministro de Dios, y el rey como siervo del diablo, cuya actuación legitima el tiranicidio. La afirmación apodíctica de san Isidoro de Sevilla, recogida por Matteucci, sintetiza los términos del problema: “Serás Rey si te comportas con justicia; de otro modo, no lo serás”⁽¹²⁾.

La primera plasmación práctica de estas concepciones garantistas aparecerá en la más famosa de las Cartas feudales de todos los tiempos, la *Magna Charta Libertatis* inglesa de 1215, cuya cláusula 39, como es bien sabido, se pronunciaba en los siguientes términos:

⁽¹²⁾ Cfr., *in extenso*, Nicolò Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Turín, UTET, 1988, p. 16.

“Ningún hombre será detenido o reducido a prisión, o desposeído de sus bienes, o proscrito o desterrado (...), a no ser mediante el juicio legal de sus pares, y conforme a la ley de la tierra”.

Una garantía proto-moderna, bien es verdad que válida sólo para los *freemen*, pero garantía al fin, y que, como nos recuerda Carlyle, iba a ser reconocida también por el rey Alfonso IX ante las Cortes de León de 1188⁽¹³⁾.

Que el desposeimiento de bienes había de hacerse con arreglo a derecho era algo tan arraigado en la mentalidad social, que sin el desarrollo de algún sistema de representación hubiese sido imposible recabar los recursos financieros requeridos por los crecientes objetivos políticos. La contraposición entre autoridad suprema del rey e indisponibilidad del Derecho Privado vendría, pues, a explicar que el desarrollo histórico de la libertad constitucional se verificara a través del poder financiero.

El axioma de que “concesión de fondos y reparación de injusticias caminan de la mano” –concluye MacIlwain en una obra menos difundida que la dedicada al contraste entre el nuevo y el viejo constitucionalismo– es la llave del moderno desarrollo constitucional⁽¹⁴⁾; un axioma que el estudioso norteamericano equipara a un aforismo tomado del *De Beneficiis* de Séneca (*Ad Regem enim potestas omnium pertinet; ad singulos proprietates*), en el que dicho autor condensa la *Veltanschauung* política del tardo-medievo.

El proceso de formación del Estado moderno vendrá marcado por el decantamiento de una serie de tensiones mantenidas durante siglos en situación latente: tensiones de carácter externo, con poderes supraordenados en la práctica (Papado, Imperio); tensiones internas de tipo feudal y estamental; tensiones también “constitucionales”, con la pugna entre el Monarca y las Asambleas; y tensiones, en fin, atinentes a la propia concepción del Derecho, bien como agregado de normas lega-

⁽¹³⁾ A. J. Carlyle, *La libertad política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 31.

⁽¹⁴⁾ C.H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, Nueva York, Mac Millan, 1932, p. 3790.

das por la tradición, o bien como instrumento de gobierno al servicio del poder Príncipe.

En una evolución zigzagueante, el Derecho pasará a ser el producto de la voluntad racional del Príncipe (*auctoritas, non veritas facit legem*, según el famoso *dictum* atribuido a Hobbes); el poder presupuestario de las Asambleas languidecerá en la misma medida en que se fortalece la posición del Rey; y el concepto de soberanía (*rex est imperator in regno suo, superiorem non recognoscens*), y la razón de Estado, acabarán por instituir una nueva ordenación que aniquila la tradición del Gobierno limitado, verdadera marca distintiva de un “constitucionalismo” dicho antiguo.

El Estado moderno, como Estado incipientemente absoluto, se nos muestra, pues, como un Estado que alcanza éxito en su pretensión de liberarse de las ataduras del Derecho. Puede decirse, con Sartori, que el Estado absoluto es un Estado que se sitúa en las antípodas del Estado constitucional. Es un tipo de Estado *legibus solutus* o, lo que es lo mismo, un Estado sin límites derivados de la ley, en el que los poseedores del poder se han liberado de los frenos y limitaciones constitucionales⁽¹⁵⁾.

García-Pelayo caracteriza ese conjunto de transformaciones históricas como el tránsito desde una *ordenación* hacia una *organización*. La aparición y el desarrollo del Estado exteriorizan, según él, “la tendencia de la época moderna a sustituir la ordenación por la organización en distintos sectores vitales, a sustituir la concepción del orden político como un sistema estático sustentado por la tradición, por un sistema dinámico orientado hacia el futuro”⁽¹⁶⁾.

Es quizá la apuntada tendencia, de la mano de las transformaciones de toda índole que caracterizan a la modernidad, la que explica la gran paradoja propiciatoria del momento genuinamente constitucional de finales del XVIII. El Estado moderno, con su configuración del poder sobre la base de la Monarquía, los Consejos, la burocracia, el ejército, la

⁽¹⁵⁾ Sartori, *Teoría de la democracia*, cit. nota 7, vol. I, p. 239.

⁽¹⁶⁾ Manuel García-Pelayo, “Hacia el surgimiento histórico del Estado moderno”, en *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 133.

diplomacia y la hacienda es un potente reductor de antagonismos, cuya dinámica centrípeta y monopolista genera la simplificación reductora que actuará como baza del liberalismo burgués.

Desde el punto de vista del Derecho, puede decirse, en efecto, que la Ciencia Jurídica moderna es un producto de la burguesía que se construye en modo paralelo al despliegue del Estado absolutista. Tres serían, a juicio de Enrique Gómez Arboleya, los factores decisivos que coadyuvan a tal alumbramiento⁽¹⁷⁾:

- a) El primero de tales factores es la *recepción* o “*resurrección*” del *Derecho romano*. Arropada por el tecnicismo del sistema jurídico romano, la Ciencia Jurídica moderna postulará la unidad del Derecho y presentará el orden jurídico como un orden sistemático y completo. Unidad política y unidad jurídica actúan así de consuno, generando una técnica interpretativa que se presenta como autónoma con respecto a la sociedad, y que ya no es tributaria del hecho concreto. El Derecho retornará a la Universidad, y el legista, como aliado del Príncipe, dedicará sus esfuerzos a luchar contra la intromisión de los poderes eclesiásticos y las prerrogativas de la nobleza. En este sentido se pronuncia también Van Caenegem, quien en su conocido trabajo sobre los “señores del Derecho”, nos recuerda que el *common law* puede ser presentado como obra de los jueces, el derecho tardo-romano como producto de los profesores, y el derecho revolucionario francés como contribución de los legisladores⁽¹⁸⁾. Al decir de Gómez Arboleya, esta peculiar concepción de la Ciencia Jurídica llega hasta Kelsen y sus epígonos, y presenta como caracteres más destacados su racionalismo formal constructivo, su desentendimiento con respecto al sustrato ético y social, y la exaltación del Derecho Positivo como presupuesto metódico.
- b) El segundo de ellos es la *teoría del Derecho Natural racional*. El Derecho Natural de corte racionalista busca conceptos neutros y

⁽¹⁷⁾ Enrique Gómez Arboleya, “Supuestos cardinales de la Ciencia Jurídica moderna”, en *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 411 y ss.

⁽¹⁸⁾ Rudolf Van Caenegem, *I Signori del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 61.

evidentes, que se erijan en atributos del ser humano por el hecho de serlo. Del Humanismo a la Ilustración, se va sedimentando una concepción individualista y antropocéntrica. Se va ganando la tortuosa lucha por la tolerancia, que culminará con la afirmación de la libertad religiosa, la “madre de todas las libertades”, en la conocida expresión empleada por Jellinek. Mediante la noción de “estado de naturaleza”, desde Hobbes a Rousseau, se abstrae al hombre de la sociedad para, a partir de aquél, justificar la mecánica de ésta. El vínculo orgánico que otrora constreñía el individuo a la comunidad salta así en pedazos. Poder y razón, Derecho y poder, acabarán, de este modo, por entrelazarse bajo la égida de la idea de libertad racional. El Derecho, con su nota esencial de coacción, podrá al cabo presentarse como el sistema de las condiciones que posibilitan la coexistencia, y el despliegue, de las libertades singulares. La impersonalidad de la ley, expresión de la voluntad racionalista, culmina el edificio.

- c) Por último, la *recepción de un constitucionalismo tradicional y continuista, como el inglés*, es el tercero de los factores apuntados por Gómez Arboleya. La lógica mecánica de la separación de poderes, como técnica organizativa al servicio de la libertad, el Gobierno por la discusión, y un derecho que se pretende situar al margen de la lucha entre partidos, y con respecto al cual se postula la sumisión ciega y mecánica del Juez, serán el resultado de la peculiar “lectura” continental de la experiencia inglesa.

MIGUEL REVENGA

CAPÍTULO II CONSTITUCIÓN. EL AUGE DE LA IDEA

I. PRELIMINAR

Durante la antigüedad clásica no llega a plantearse como problema el de la creación de un documento dispuesto para exteriorizar los fundamentos posibles del poder. Y las experiencias jurídicas de la época son por completo ajenas a la idea de un ordenamiento de normas, en despliegue dinámico, a partir de tales o cuales enunciados básicos.

El Estado moderno, por su parte, más que producto de un desarrollo “natural” de elementos antiguos, será resultado de cierta quiebra, en lo jurídico y en lo político, provocada por la aparición de inéditas situaciones históricas y novedosos universos conceptuales. Si acaso, como apunta Crossa, las concepciones greco-romanas aportan “savia vital” y cierta *auctoritas*, a menudo apoyada en interpretaciones sesgadas. Es la Edad Media –nos dice el último autor citado– la que proporciona argumentos para el dogma de la Constitución escrita. Y ello mediante la individualización del contraste entre una concepción “material” de la ley, característica de dicho período, y una concepción subjetivo/voluntarista de la orden jurídica, que proviene de la herencia romana. Un contraste que se resolverá, en términos de sucesión histórica, con el

tránsito desde el universalismo cristiano del medioevo al particularismo cerrado del Estado absolutista⁽¹⁹⁾.

La contraposición irreductible entre una y otra concepción del orden jurídico se intentará reducir con la aprobación de una ley superior y común a las partes en conflicto. Una ley recogida en un documento, que se convierte en garantía de su propia posición suprema, y que actúa como valedora del contenido recogido en ella.

A diferencia de las imprecisas *leges fundamentales* de la Edad Media (que, de todos modos, tanto se invocarían como palanca del pensamiento anti-absolutista), lo radicalmente novedoso proviene aquí del carácter de la Constitución como “decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la unidad política” –lo que Carl Schmitt denomina el concepto positivo de Constitución– una decisión global manifestada a través de un acto del poder constituyente. Esta comprensión de la Constitución se convierte a finales del XVIII y comienzos del XIX en una idea irresistible, tanto en los Estados Unidos de América, como en Europa.

El concepto de Constitución como globalidad del orden político se ha ido revivificando durante el siglo XVIII. En 1733, la *Dissertation upon Parties*, de Lord Bolingbroke, nos da, por ejemplo, la siguiente definición tradicional, a la inglesa, del término:

“(...) hablando con propiedad, entendemos por Constitución aquel conjunto de leyes, instituciones y costumbres, derivados de algunos principios fijos de razón, y orientados hacia determinados fines del bien común, que forman el sistema general según el cual ha aceptado la comunidad ser gobernada (...). Y llamamos buen gobierno a aquel en el que la administración de los asuntos públicos es llevada de modo juicioso y de conformidad con los principios y los objetivos de la Constitución”.

⁽¹⁹⁾ Emilio Crossa, “Il concetto di Costituzione nell’antiquità classica e la sua modernità”, en *Studi di Diritto Costituzionale in Memoria di Luigi Rossi*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 97 y ss.

Un cuarto de siglo más tarde, el suizo Emerich de Vattel, en su Tratado, publicado en 1758, *The Law of Nations or Principles of Natural Law*, aportará una definición del concepto de Constitución más general y descriptiva:

“La Ley Fundamental que determina la forma en la que la autoridad pública ha de ejercerse es lo que forma la Constitución de un Estado. En ella puede verse la organización por medio de la cual la Nación actúa como un cuerpo político; cómo y por quién el pueblo será gobernado, y cuáles son los derechos y obligaciones de los que gobiernan. Tomada en su esencia, tal Constitución no es más que el establecimiento del sistema de acuerdo con el cual una Nación se propone actuar al unísono para alcanzar las ventajas que constituyen el objetivo de toda sociedad política”.

Las connotaciones prescriptivas se añaden pronto, a una y otra orilla del Atlántico, cuando la Constitución se erige en instrumento capital de la lucha revolucionaria. Así, en 1776, la ciudad de Concord, en el Estado de Massachusetts, aprueba una *Resolution*, donde se recoge el postulado de que “una Constitución, entendida en su recto sentido, implica un conjunto de principios asentados con el fin de garantizar a los ciudadanos el pacífico uso y disfrute de sus derechos y privilegios contra cualquier invasión (*encroachment*) procedente del Gobierno”.

Y en 1789 el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano eleva a su máxima cota la intencionalidad combativa que se adhiere al concepto:

“Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni establecida la separación de poderes, carece de Constitución”.

Estamos ante un concepto de tipo voluntarista. Ahora se trata de asegurar y de establecer: unos derechos que se proclaman y unos pode-

res que se disponen. La Constitución pasa a ser resultado de una volición expresa, que se plasma en un documento escrito y vinculante. De ahí, y sólo de ahí, nos dice un buen conocedor de la historia constitucional, arranca la historia de las constituciones⁽²⁰⁾.

Detrás de la simplicidad aparente de una fórmula como la del transcrito artículo 16 de la Declaración, con su “estilo-trallazo”, se oculta una tajante línea divisoria: la que separa lo viejo, que se quiere cancelar, y lo nuevo, que se pretende instaurar. La Constitución, si quiere serlo, lleva implícito un fuerte componente prescriptivo. Ha de tener las señas de identidad que se estatuyen; unos signos distintivos que, de paso, condenan como no-constitucional todo el pasado de un régimen absolutista que no se había distinguido precisamente por la tutela de los derechos, ni por la separación de los poderes.

Es esa pretensión de innovación, ese cerrojo a una historia no constitucional que se quiere cancelar y ese pórtico a la nueva era constitucional, que ahora se abre, la que centrará, a lo largo de la última década del siglo XVIII, y buena parte del XIX, la polémica sobre los fundamentos de cualquier Constitución. Frente al concepto innovador, en el que la Constitución se presenta como el resultado de un acto de voluntad creadora, no dejará de esgrimirse la concepción tradicionalista, con sus diversas variantes.

Dos obras, escritas la una en diálogo con la otra, expresan, quizá mejor que ninguna otra, dicha contraposición. Las *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, publicadas en 1790 por el inglés Edmund Burke, son una apasionada defensa de la tradición. Las instituciones constitucionales sólo pueden durar, según defiende Burke, si son un reflejo del lento devenir tradicional de la costumbre. Una Constitución es el sistema de relaciones y de pactos sociales que vinculan recíprocamente a las distintas partes constitutivas de un Estado. Los derechos son derechos históricos, asentados en la tradición, y heredados de generación en ge-

⁽²⁰⁾ Maurizio Fioravanti, “Costituzione: problemi dottrinali e storici”, en *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, Giappichelli, 1993, pp. 105 y ss.

neración. De ahí las ironías de Burke respecto a las construcciones abstractas, matemáticas y geométricas de los franceses. El orden político tiene que ser, en suma, el reflejo del orden social existente, por más desigual y cargado de tensiones que dicho orden sea⁽²¹⁾. Es decir, lo opuesto a esa pretensión instauradora implícita en la voluntad de una Asamblea única, de carácter soberano, instituida por los franceses.

La obra del norteamericano Thomas Paine, *Derechos del Hombre*, publicada en 1791, lleva por subtítulo “Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución francesa”. La contemplación racional de los derechos se defiende aquí como la garantía de la estabilidad de las instituciones. La Constitución es un acto de refundación *ex novo* del orden social y político que echa por tierra las instituciones precedentes y funda unas nuevas, cuya justificación radica precisamente en el respeto a los derechos. “Una Constitución –nos dice el norteamericano en un célebre pasaje de su obra– no es algo que sólo exista de nombre, sino de hecho. No tiene una existencia ideal, sino real; y dondequiera que no se pueda exhibir en forma visible, no existe. Una Constitución es algo que antecede a un Gobierno, y un Gobierno no es más que la criatura de una Constitución”. Y apostilla: “la Constitución de un país no es el acto de su Gobierno, sino del pueblo que constituye su Gobierno. Es el cuerpo de elementos al que cabe remitirse y citar artículo por artículo (...)”⁽²²⁾.

Adicionalmente, puede señalarse que un tono aún más burlesco que el empleado por Burke con respecto a la pretensión constitucionalista/voluntarista francesa, se advierte en la glosa de la voz “Constitución”, escrita en 1792 por otro inglés, Arthur Young, para el *Oxford Dictionary*: “es un término nuevo que (los franceses) han adoptado y que utilizan como si la Constitución fuese una torta elaborable conforme a una receta” (*they use it as if the Constitution was a pudding to be made by a receipt*)⁽²³⁾.

(21) Edmund Burke, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, *passim*.

(22) Thomas Paine, *Derechos del Hombre*, Madrid, Alianza, 1984, p. 69.

(23) *Cit.* en Luigi Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bolonia, Il Mulino, 1998, p. 11.

II. REVOLUCIÓN, PODER CONSTITUYENTE Y ESCRITURA CONSTITUCIONAL

El auge de la idea de Constitución, la “torta elaborable conforme a una receta”, según la expresión de Young, inaugura, como se ve, algo bien característico de la teoría constitucional hasta nuestros días. Me refiero a las polémicas y a los contrastes entre pares de concepciones alternativas que atañen a la esencia misma del documento constitucional. Frente al modelo tradicionalista, con el acento puesto en la Constitución como resultado de un equilibrio entre los diversos intereses sociales, el modelo voluntarista hace de la representación de individuos iguales, portadores de iguales derechos, su *leit motiv*. Esto último vale tanto para la versión francesa de Constitución como para la versión norteamericana.

Pero, a partir de ahí, las parejas de contrastes comienzan con la misma contraposición entre el espíritu de las dos grandes revoluciones de finales del XVIII, la francesa y la norteamericana. Ambas coinciden en su punto de partida: se trata de arrumbar el pasado mediante el ejercicio expreso de un poder dicho constituyente, que cuaja en un documento escrito.

En los Estados Unidos de América, años antes de que el abate Sieyès difundiera en Francia su célebre opúsculo sobre el Tercer Estado, se llevó a la práctica la concepción de un poder constituyente, en manos del pueblo, y claramente diferenciado del Poder Legislativo ordinario. La intuición de fondo de quienes formaron parte del Congreso Continental, representativo de las ex colonias inglesas, en la que se aprobó la Declaración de Independencia, fue darse cuenta de que una Constitución digna de tal nombre no podía ser la mera expresión de una contingente decisión política, puesto que también las revoluciones deben inclinarse ante la supremacía de la ley. Advirtieron, dicho con otros términos, que por muy “supremo” y “desvinculado” que el poder constituyente se presentara, necesitaba también legitimarse mediante un acatamiento a las formalidades y a las exigencias de un procedimiento legal⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Cfr. Matteucci, “La Costituzione Statunitense e il Moderno Costituzionalismo”, en Tiziano Bonazzi, ed., *La Costituzione Statunitense e il suo significato odierno*, Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 29 y ss.

El poder constituyente habitará así desde el principio en los intersticios de una relación fluida entre el Derecho y la política, presuponiendo por su misma existencia un “Derecho” dispuesto a reconocer su origen en una explícita voluntad inicial, pero también, y de manera imprescindible, una voluntad política capaz de rendir tributo a la necesidad de una fuerte disciplina normativa de impronta constitucional⁽²⁵⁾.

Con la aportación de Sieyès, la concepción clásica del poder constituyente, como gran legislador colectivo, encuentra su más articulada expresión. Como es sabido, Sieyès profundiza en el concepto de representación, distinguiendo entre representantes *ordinarios* y representantes *extraordinarios*. Aquellos tienen un poder limitado a la gestión de los asuntos de gobierno. Éstos forman un genuino poder constituyente: “como una gran Nación no puede estar reuniéndose cada vez que así lo exijan circunstancias excepcionales, hay que delegar en representantes extraordinarios los poderes necesarios para hacer frente a tales circunstancias”. La Asamblea ordinaria aprobará las leyes ordinarias; la Asamblea extraordinaria, las leyes constitucionales. Estas últimas poseen dos características: regulan la vida y la modalidad de acción de la representación ordinaria, que queda así expresamente vinculada, y al mismo tiempo expresan plenamente la voluntad de la Nación, origen de toda legalidad. La Asamblea Constituyente es, pues, la fuente de todos los poderes. Es la Nación sin mediaciones⁽²⁶⁾.

Una construcción doctrinal semejante todavía es presentada hoy como el “paradigma de la teoría jurídica continental sobre la Constitución”⁽²⁷⁾. Esto es así, cuando menos, por tres órdenes de razones:

- a) Porque, con su definición de la relación entre *pouvoir constituant* y *pouvoirs constitués*, Sieyès sienta las bases de la moderna teoría cons-

⁽²⁵⁾ Mauricio Fioravanti, “Potere costituente e Diritto Pubblico”, en *Stato e Costituzione...*, cit. nota 20, p. 56.

⁽²⁶⁾ Emmanuel Sieyès, *Qué es el Tercer Estado*, ed. de Francisco Ayala, Madrid, Aguilar, 1973, *passim*.

⁽²⁷⁾ Cfr. el ensayo de Pier Paolo Portinaro “Il grande legislatore e il custode della Costituzione”, en Zagrebelsky, Portinaro y Luther, eds., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 5 y ss.

titucional. La Constitución pasa a ser un acto normativo que define y disciplina el ejercicio del poder soberano,

- b) porque delimita, de la manera más expresiva, el contraste entre la teoría *democrática* del poder constituyente, y la teoría *antidemocrática* de la representación, en la cual se basará toda la práctica del Estado liberal de Derecho durante el siglo XIX,
- c) y por último, pero no menos importante, porque Sieyès realizará la más decisiva contribución en una materia de tanta trascendencia como la reforma y el cambio de Constitución, afrontando en términos jurídicos la cuestión de la sucesión de las constituciones.

No es necesario insistir mucho en las paradojas y contradicciones inherentes a una fórmula como la del poder constituyente. Revolución (en el sentido de poder constituyente) y Constitución (como producto o resultado del ejercicio de éste) se nos muestran en contraposición irreductible. Si sobrevive la Revolución, entonces la Constitución viene contradicha y “ninguneada”; si es la Constitución la que se asienta, será la Revolución la que puede darse por cancelada, puesto que la Constitución se establece para siempre. Algunas aportaciones despliegan notable erudición para denunciar toda la inconsistencia lógica escondida tras la funcionalidad de un concepto como el de poder constituyente. “He-nos aquí, nos dice, por ejemplo, Negri, ante una extrema paradoja: un poder que surge de la nada y organiza todo el derecho. Una paradoja que, precisamente por su carácter extremo, resulta insostenible. Nunca como a propósito del poder constituyente se ha ejercitado la Ciencia Jurídica en aquel juego de afirmar y negar, de absolutizar y limitar que, por otra parte, es característica de su desarrollo lógico”⁽²⁸⁾.

Paradojas y contradicciones que no se manifiestan sólo en el plano de la lógica subyacente a él, sino también en el de la secuencia temporal de su propio despliegue:

⁽²⁸⁾ Antonio Negri, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, 1994, p. 18.

“La historia constitucional es cambio, contingencia política, acumulación en el presente de experiencias del pasado; es realidad social, relación entre el pasado y el futuro, movimiento de sujetos imposibles de definir a priori, imposibilidad de previsión de problemas y espontaneidad de soluciones. Por contra, el poder constituyente consiste en la fijación y absolutización de valores políticos; es un puro deber ser, una recreación ex novo, que omite el pasado y reduce al presente todo el futuro; es en su principio una inesperada aceleración histórica, y sucesivamente un frenazo (...)”⁽²⁹⁾.

Tomemos, pues, a beneficio de inventario la herencia de un concepto tan emblemático para la teoría constitucional como el poder constituyente, verdadero mito fundacional que reformula más técnicamente, y la hace operativa, la idea ilustrada del contrato social, y detengámonos en otro de los rasgos compartidos por las revoluciones norteamericana y francesa: el de la (novedosa) articulación de la Constitución en un documento escrito.

Según una opinión bastante acreditada, las revoluciones norteamericana y francesa, al condensarse en un documento escrito, al que llamaron Constitución, tuvieron el efecto de aunar los dos significados del término que habían predominado hasta entonces: lingüístico-jurídico el uno (Constitución como orden jurídica de un determinado carácter); y ético-político, o iusnaturalista, el otro⁽³⁰⁾.

La Constitución vendrá a ser en lo sucesivo un texto jurídico que establece el modo de ser político de un Estado. La interpenetración de

⁽²⁹⁾ Gustavo Zagrebelsky, “Storia e Costituzione”, en la obra colectiva ya citada *Il futuro della Costituzione*, pp. 35 y ss.

⁽³⁰⁾ G. Stourth, “Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century”, en T. Ball y J.G. Pocock, eds., *Conceptual Change and the Constitution*, Boston, Lawrence Kass, 1988, pp. 32 y ss.

terminología política y terminología jurídica, que se hace operativa en el texto constitucional, expresa la intención de asentar jurídicamente el orden político. Y el valor último de un empeño semejante, radica justamente, al decir de Luhmann, en el objetivo central de cualquier Constitución: reducir la contraposición entre el mundo de la política y el mundo del Derecho, vinculando ambos a una cepa común de la cual proceden⁽³¹⁾. Según Luhmann, mientras que en Francia el ascendente de las instituciones inglesas hizo que el núcleo del debate constitucional versara sobre la redistribución de los poderes, en los Estados Unidos de América, el énfasis se puso, ya *ab initio*, en el valor intrínseco de un documento cerrado, auténtico germen para la distinción entre la Constitución y el resto del Derecho⁽³²⁾.

En Norteamérica, se trataba de crear una orden jurídica que actuara como regla de colisión, tal y como intuyó Hamilton en el célebre fragmento 78 de *El Federalista*, bajo la rúbrica “El Departamento Judicial”:

“Las limitaciones de esta clase [impuestas al Poder Legislativo] –escribe Hamilton– no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello todas las reservas que se realicen respecto a determinados derechos o privilegios quedarán en nada”.

Y todavía de forma más enérgica:

“Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe de ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el

⁽³¹⁾ Niklas Luhmann, “La Costituzione come conquista evolutiva”, en la obra colectiva ya citada *Il futuro della Costituzione*, pp. 83 y ss.

⁽³²⁾ Con respecto a Francia, estudia al detalle el asunto la clásica obra de Duguit *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, edición al cuidado de Pablo Pérez Tremps, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”⁽³³⁾.

La positivización de una ley que funda todo el Derecho viene a hacer innecesaria, como también apunta Luhmann, cualquier otra norma extrasistémica del estilo de la norma fundamental hipotética *kelseniana*. Desde este punto de vista, la gran innovación reside en el hecho de que el texto constitucional aporta una solución de tipo jurídico al problema de la autorreferencialidad del sistema político y, al mismo tiempo, da una respuesta de índole política a la cuestión de la autorreferencialidad del sistema jurídico.

Los contrastes entre lo constitucional frente a lo no constitucional, y entre la Constitución escrita y el resto del Derecho –decisivos incluso para la adopción de la palabra Constitución, puesto que ninguna otra de las expresiones equivalentes (*compact, covenant, fundamental*) permitían la elocuente simpleza de la contraposición *constitutional/unconstitutional*– circulan durante las últimas décadas del XVIII. Y llegan sin solución de continuidad hasta la que es probablemente la más célebre decisión judicial de todos los tiempos: la dictada por el Juez Marshall, en 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*.

Como de sobra es conocido, el doble carácter de la Constitución, como norma escrita, y como norma primordial (*paramount law*), vendrá considerado allí como el argumento decisivo en favor de la facultad de revisión judicial de las leyes:

“O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada

⁽³³⁾ Cfr., *in extenso*, Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 137 y ss.

cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye Derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la Nación y, consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura incompatible con la Constitución, es nula. Esta teoría guarda una relación esencial con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”⁽³⁴⁾.

También resulta consustancial al carácter escrito de la Constitución norteamericana algo que ha sido resaltado desde múltiples puntos de vista. Me refiero al aura que cobró pronto el Documento constitucional, equiparable en todo al de una escritura sagrada. El tópico del apego a la Constitución como “religión civil”, que pusiera en circulación Tocqueville, con la bandera, la Declaración de Independencia y el texto constitucional, como la “santa trinidad” de las creencias cívicas norteamericanas, tiene que ver, sin duda, con el carácter simultáneo de la fundación nacional y el proceso constituyente. La Constitución pudo actuar así, desde los inicios de su puesta en práctica, no sólo como un instrumento, sino también como un símbolo, por emplear los términos de un conocido ensayo de Corwin⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ *Marbury vs. Madison*, 1 Cranch 137, 177, subrayado mío. Cfr. Harold Burton, “*Marbury vs. Madison: The Cornerstone of Constitutional Law*”, en Jesse Choper, *The Supreme Court and Its Justices*, Chicago, American Bar Association, 1987, pp. 14 y ss.

⁽³⁵⁾ “The Constitution as Instrument and as Symbol”, *American Political Science Review*, 30 (1936), pp. 1071 y ss.; cfr. Michael Kammen, *A Machine that would go by Itself. The Constitution in American Culture*, Nueva York, Alfred Knopf, 1986, Cpt. 3 (“All that gives us a National Character”). Desarrollan *in extenso* el argumento las

Revolución, ejercicio del poder constituyente y Constitución escrita son los verdaderos ritos de paso que transforman un cuestionable constitucionalismo “antiguo” en un constitucionalismo racionalizado, vigoroso y de vocación universal. No obstante la “persistencia del Antiguo Régimen” en bastantes aspectos de la estructura social, magistralmente estudiada por Arnold J. Mayer⁽³⁶⁾, lo que interesa destacar es que la evolución del pensamiento y de las formas políticas se realiza desde entonces tomando al Estado constitucional como el polo de referencia del debate. Comparado con la quiebra que una pretensión racional normativa, como la encerrada en la Constitución escrita, supuso con respecto a cualquier ordenación anterior, y con respecto al “gran modelo” británico, todos los cuestionamientos “restauradores”, y las denuncias combativas en favor de una más acabada correspondencia entre la formalización jurídica del fenómeno del poder y su efectivo despliegue, no alcanzan más que una importancia de segundo orden. Incluso el planteamiento de alternativas radicales –el bolchevismo y los fascismos– a partir de la Primera Gran Guerra se realizará en diálogo explícito con el pensamiento de impronta constitucional.

III. USA FRENTE A FRANCIA: LAS RAZONES DE UNA BIFURCACIÓN

El constitucionalismo del siglo XIX no fue, como puede serlo hoy, un fenómeno de características compartidas y globales. A una y otra orilla del Atlántico, la coincidencia de presupuestos en torno a unas mismas ideas centrales, no impedirá la aparición de un nítido cisma en el decurso de la práctica constitucional. Del lado del “viejo continente”, el constitucionalismo se nos muestra como algo construido a trompicones, un fenómeno discontinuo, en el que el impulso revolucionario de partida se ve refrenado y reafirmado sucesivamente. Una historia, en suma, sacudida por quebrantamientos, compromisos y rupturas. Y del lado

obras de Sanford Levinson *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton Un. Press, 1988, y la de Robert Bellah, *The Broken Covenant. American Civil Religion in Time of Trial*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.

⁽³⁶⁾ A. J. Mayer, *La persistencia del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza, 1981.

norteamericano, no es ajeno al constitucionalismo el trauma de la guerra civil, pero el texto originario, con sus adiciones, continúa siendo, más de dos siglos después, el punto de arranque de un “sendero jurídico” por cuyos márgenes ha discurrido la práctica política hasta nuestros mismos días⁽³⁷⁾.

Las razones de semejante bifurcación interesarían tan sólo como reliquia histórica si no fuera porque su legado se ha dejado sentir, hasta hace bien poco, sobre las aproximaciones teóricas –lo que a la postre tampoco tendría importancia decisiva– y sobre la práctica, que esto sí importa, del Estado constitucional.

Ya en el momento de los debates ante la Asamblea Nacional francesa de 1789, la diversa conformación social de los Estados Unidos fue utilizada como argumento para atemperar la fascinación sentida por algunos diputados con respecto al texto constitucional aprobado en Filadelfia un par de años antes.

En la sesión de 31 de agosto de 1789, el diputado Lally-Tollendal se pronunciaba sobre el particular con un lenguaje que llama la atención por lo incisivo de su Positivismo sociológico:

“No pretendemos, en absoluto, establecer una comparación entre Francia y los Estados Unidos de América. Sabemos que esto constituiría un raro abuso del razonamiento y de la palabra, querer juntar dos pueblos y dos posiciones tan diferentes. Por un lado, una República federal formada por trece Repúblicas nacientes, en un mundo nuevo, trece millones de habitantes, es decir, quinientas mil cabezas de familia, casi todos propietarios agrícolas, viviendas dispersas; sin enemigos que combatir, sin vecinos que temer, costumbres sencillas, necesidades limitadas; por otro lado, una Monarquía antigua, en el viejo mundo; veintiséis millones de personas, de las cuales dos millones, a lo sumo, son propietarios de tierras, una población amontonada, siempre con vecinos y con rivales, a menudo con

⁽³⁷⁾ Cfr. Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 94 y ss. bajo el epígrafe “The Path of the Law”.

enemigos exteriores; y como enemigos interiores, los prejuicios, las necesidades, las pasiones, y todo lo que de ello deriva, y todo lo que debe ser su freno⁽³⁸⁾.

Las diferencias abismales en la estructuración social, junto a la convulsa trayectoria de los acontecimientos que se suceden en Francia entre 1789 y el golpe de brumario (el “cierre de la Revolución”, para Napoleón) explican que el contraste entre las dos grandes Revoluciones inaugurales de la edad contemporánea, se convirtiera de inmediato en un tópico del pensamiento politológico.

Según relata Negri, la comparación de las dos revoluciones aparece en la presentación de la edición alemana de las *Reflexiones sobre la revolución francesa*, de Burke, llevada a cabo en 1793 por Friedrich von Gentz. Pocos años después, la contraposición de una y otra experiencia revolucionaria fue utilizada por el *entourage* de John Adams, en la campaña presidencial de 1800, en oposición a Jefferson. Frente al terror jacobino, frente a la revolución como una marea abstracta e ideológica que arrasa con todo, la Revolución norteamericana podía presentarse como un remanso de orden y concreción, fundada en el respeto y el desarrollo de las libertades⁽³⁹⁾.

En tiempos mucho más próximos, la célebre obra de Hanna Arendt, *On Revolution*, publicada en 1963, da cierto empaque teórico a la cuestión, convirtiendo el eje central del discurso no ya en lo abstracto de la Revolución francesa frente a lo concreto de la Revolución norteamericana, sino en la diferencia profunda que permite discernir lo que es una revolución *política* (la última de las citadas), frente a una revolución *social* como la francesa⁽⁴⁰⁾.

La revolución *política* trasciende lo social, sin aniquilarlo, dando lugar a un nivel de síntesis, en el que el equilibrio y la cooperación generan un espacio público de libertad. La revolución *social*, y en particular

⁽³⁸⁾ Cfr. Lèon Duguit, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, cit. nota 32, p. 19.

⁽³⁹⁾ Cfr. Antonio Negri, *El Poder Constituyente...*, cit. nota 28, p. 34.

⁽⁴⁰⁾ Hanna Arendt, *On Revolution*, Londres, Faber and Faber, 1963.

la francesa, subordina, por el contrario, el ámbito de lo político al ámbito de lo social. Abandonado de esta manera a su suerte, lo político gira en el vacío, en una búsqueda de libertad que se va convirtiendo cada vez en más ciega y enloquecida. “Allí donde lo político –resume de nuevo Negri– no permite a la sociedad comprenderse y constituirse en la comprensión, allí imperarán la locura y el terror; allí el totalitarismo no podrá sino llevarse la mejor parte”.

En polémica con la tesis de Arendt, construye también su hipótesis explicativa otro gigante de las ciencias sociales, Jürgen Habermas, quien sustenta su modo de ver las cosas en la diferente interpretación del Derecho Natural expresada por las dos revoluciones: una, la francesa, asume el Derecho Natural como un ideal que es preciso realizar; la otra, la norteamericana, como un estado ya existente, y sobre el que la intervención política no puede más que producir efectos perturbadores. Es decir, algo bien distinto –*rectius*: lo opuesto, al excluir la necesidad de política del caso norteamericano– de lo que defiende Arendt, por lo que la teoría del autor germano ha sido calificada como “inversión de la tesis de las dos revoluciones”⁽⁴¹⁾.

Desde la teoría constitucional, resulta en cualquier caso ineludible aportar razones que expliquen, en lo posible, la bifurcación de caminos emprendidos por el constitucionalismo a partir de las dos experiencias revolucionarias.

En la misma estela de la aportación *habermasiana*, se ha resaltado, por ejemplo, que Francia y Norteamérica reflejan dos concepciones bien distintas en el propio modo de entender los fundamentos de la Constitución. Dos concepciones que están ya presentes, la una detrás de la otra, en dos de los grandes documentos constitucionales de la Inglaterra del XVII: el *Agreement of the People* (1647), y el *Instrument of Government*, de Cromwell (1653). El primero refleja la idea de la Constitución como contrato de los “consociados”, un texto (“Constitución-

⁽⁴¹⁾ Habermas, “Diritto Naturale e Rivoluzione”, en *Prassi politica e teoría critica della società*, Bolonia, Il Mulino, 1973, *apud* Negri, *El Poder Constituyente...*, pp. 39 y ss., y 213 y ss.

alma”, lo llama Portinaro) que viene a institucionalizar un orden que ya existe (*un ordine che c'è già*), lo que sería el caso de la Constitución norteamericana. En el *Instrument*, en cambio, se nos muestra la idea de la Constitución como decisión, como acto consciente de creación de una maquinaria de gobierno dispuesta para generar un estado de cosas todavía inexistente (*un ordine che non c'è ancora*)⁽⁴²⁾.

Fioravanti, por su parte, profundiza también, como Habermas, en las diferencias que se derivan del diverso modo de entender el Derecho Natural como fuente inspiradora. En el caso de los Estados Unidos, se trata de un Derecho Natural de corte clásico; en el de Francia, de un Derecho Natural rediseñado como Derecho Natural racional.

- a) El Derecho Natural clásico viene a ser algo muy semejante al derecho histórico que, con tanta insistencia, defiende Burke (distinción entre el Rey y el tirano, legitimidad del derecho de resistencia, etc.) La novedad con respecto a Burke radica en que la tradición inglesa, como fuente explícita de inspiración, es sustituida por una apelación al Derecho Natural intensamente influida por el pensamiento europeo y, en particular, por la obra de Locke. De éste, los constituyentes de Filadelfia toman, sobre todo, la idea de la ley natural del intercambio y la aprobación. Es decir, el “individualismo posesivo”, por decirlo según el conocido título de la obra de C.B. McPherson. Una sociedad tan homogénea como la norteamericana de la época, casi naturalmente burguesa, a la que le eran ajenos los problemas de la emancipación de las viejas formas feudales de dominio, y de lo que más tarde se llamaría la “cuestión social”, una sociedad donde resultaba en extremo sencillo la adquisición de la propiedad y de la tierra, no necesitaba un *proyecto político* fuerte, como el que plasma la Revolución francesa. En los Estados Unidos bastaba con ponerse a resguardo de la nefasta influencia del legislador tiránico. Y para ello, el “viejo” Locke del derecho de resistencia, y el “nuevo” Locke del individualismo posesivo, era lo más funcional. No hay allí, en suma, un momento *político* que concilie voluntades con fines prospectivos, y que pueda distinguirse de la acción de defensa y tutela del derecho ya existente.

⁽⁴²⁾ Portinaro, “Il grande legislatore e il custode della Costituzione”, cit. nota 27.

“El antiguo derecho de resistencia –concluye Fioravanti– actúa al unísono con la moderna primacía de la sociedad civil económica, *dejando a la vieja Europa la primacía de la política como proyecto prescriptivo y colectivo con fines de largo alcance*”⁽⁴³⁾.

- b) En Francia, es sólo con un Derecho Natural modernizado, de impronta racionalista, como se puede elaborar ese proyecto político al que acabamos de referirnos. Aquí se trata no sólo de apelar a unos vaporosos fundamentos filosóficos, sino también de convertirlos en Derecho Positivo mediante la proclamación de los derechos del hombre. Esta dimensión de la revolución como saldo de cuentas con el pasado, como conflicto global entre dos sistemas del todo opuestos, en valores políticos y en dimensión constitutiva, es la que da su marca distintiva a la Revolución francesa. Y es también la que permite presentarla como la revolución por antonomasia de los tiempos modernos. La Constitución se convierte así en un proyecto *contra* lo antiguo. Un proyecto que crea, porque necesita de él, un nuevo sujeto soberano y fuerte, capaz de expresar la voluntad general, y de utilizarla como arma de combate frente a los enemigos tradicionales y los adversarios nuevos. Si en los Estados Unidos el Derecho Natural *se invoca*, aquí *se proclama*, con el preciso objetivo de concitar la adhesión (que de todos modos se da por supuesta) de unos ciudadanos activos, virtuosos e identificados con los ideales de nuevo signo.

Podemos así extraer la conclusión, de gran importancia para nuestro objeto, de que lo que caracteriza a toda Constitución –utilizando ya el vocablo en el sentido plenamente moderno– es su dependencia con respecto a unas determinadas opciones políticas de fondo, que se corresponden, a su vez, con una cierta elección de valores. Tanto en Francia como en los Estados Unidos, la Constitución es el objetivo de la revolución, al mismo tiempo que su límite último. Pero las variantes ideológicas de fondo, punto de partida del empeño constitucional, son las que permiten explicar la bifurcación de caminos del constitucionalismo decimonónico, a que antes nos referíamos.

⁽⁴³⁾ Maurizio Fioravanti, “Costituzione: problemi dottrinali e storici”, en *Stato e Costituzione...*, cit. nota 20, p. 126.

A) Las variantes norteamericana y francesa en el ejercicio del poder constituyente. La reforma constitucional y la garantía de los derechos

En ese sentido, todavía es preciso insistir en dos consecuencias para la teoría constitucional, estrechamente interrelacionadas, y que se derivan de tales variaciones ideológicas: una es la que se refiere al ejercicio del poder constituyente y su corolario, la facultad de reforma constitucional. Otra es la que atañe a la garantía de los derechos.

En lo que se refiere al ejercicio del poder constituyente, la experiencia de los Estados norteamericanos entre 1776 y 1787 muestra una dimensión de aquél con rasgos distintos del que pondrá en práctica la Asamblea Nacional francesa. En Norteamérica, una entelequia como la recogida en la doctrina del poder constituyente, se concreta *avant la lettre* en la atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores. Éstos quedan así despojados del atributo de la soberanía y la ley, como producto de su obra, se subordina a la Constitución, entendida como fuente suprema del Derecho.

Dicho de otro modo, en la experiencia estadounidense, el concepto de poder constituyente se vincula con la idea de rigidez de la Constitución, lo cual da lugar a la presencia de reglas fijas, cuyo *plus* de estabilidad se garantiza, frente a la voluntad del legislador ordinario, mediante las dificultades de índole formal impuestas para la reforma de aquéllas. El pacto constituyente cuaja en un núcleo de decisión *fuerte* que se sitúa a resguardo del arbitrio del legislador.

En Francia, poder constituyente y facultades del pueblo soberano para decidir en todo momento sobre las reglas del juego escritas en la Constitución van de la mano. El valor de la Constitución queda, de ese modo, horadado, puesto que lo esencial del poder constituyente es, para los franceses, la formación de una unidad política capaz de expresar su voluntad. Que tal unidad política reciba el nombre de pueblo, o el de Nación, es secundario con respecto a lo que de verdad importa: la centralización de poder en manos de la Asamblea que tal concepción origina. La defensa de la representación de la Nación *in toto*, realizada de manera tan eficaz por Sieyès, y la asignación a la Asamblea del ejercicio del poder constituyente, resultarán, en tal sentido, decisivas.

La traslación de facultades, desde el poder constituyente soberano, hasta la Asamblea representativa, se hará también notar en el modo de abordar la reforma constitucional. Ésta no se concibe en Francia como un mecanismo de defensa de la supremacía constitucional, sino más bien como medio destinado a salvaguardar la libérrima potestad del poder constituyente para expresar, en todo momento, su voluntad.

“Es precisamente como consecuencia de su omnímoda potestad –dirá el diputado Frochot, refiriéndose al poder constituyente, en la sesión de 3 de septiembre de 1791– por lo que la Nación, consagrando su derecho, se prescribe a sí misma un medio pacífico y legal de ejercitarlo. Lejos de ver en este acto una alienación de la soberanía nacional, yo lo entiendo, al contrario, como una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y de su independencia”⁽⁴⁴⁾.

Frente a la regulación norteamericana de la reforma (mayorías cualificadas en la propuesta y en el proceso de ratificación por parte de los Estados), al servicio de la rigidez constitucional, en Francia el asunto se aborda desde el punto de vista de la necesidad de un “enfriamiento y reconsideración de los posibles excesos pasionales del poder constituyente”⁽⁴⁵⁾.

Y eso en la Constitución de 1791 (artículo 1 del Título VII: *L'Assemblée Nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de Révision...*); porque, en 1793, bajo el influjo del “espíritu Rousseau”, por entonces en su apogeo, la inaplicada Constitución girondina anula, lisa y llanamente, cualquier diferencia entre el poder de hacer la Constitución y el poder de reformarla (artículo 28: *Un peuple a toujours le droit de revoir, de*

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 64.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Jon Elster, “Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris”, *Cardozo Law Review*, 14 [1993], pp. 549 y ss.

réformer et de changer sa Constitution. Une generation ne peut assujétir à ses lois les générations futures).

Se delimitan así dos imágenes del poder constituyente, dos funciones del mismo que acabarán por reunirse en el constitucionalismo democrático de nuestros días: una, bajo el influjo de la Revolución francesa, como *establecimiento de las opciones políticas básicas*, como momento de unificación de voluntades con vistas a la creación de un orden político; otra, bajo el de la Revolución norteamericana, como *fijación de una norma fundamental de garantía*, en ausencia de la cual los poderes constituidos, empezando por el propio legislador, se verían libres de límites efectivos.

La primacía histórica de una u otra imagen, en el momento de diseñar el pacto constitucional, no podía dejar de hacerse sentir sobre la cuestión de la defensa de los derechos.

En efecto, la tradición norteamericana es, como se ha dicho tantas veces, profundamente individualista. El proceso revolucionario, puesto formalmente en marcha mediante la Declaración de Independencia de 1776, encuentra su fuerza motora en la violación por el Parlamento británico de los *rights* tradicionales de los colonos. Tales derechos, reconocidos antes que proclamados en los textos constitucionales de los Estados, entre 1776 y 1787, preexisten a la Constitución.

Como *inherent rights* tenidos *by nature* los define el primer artículo de la Declaración de Virginia, incluida en la Constitución de 1776, con su explícita doble faz de *Frame of Government* y de *Declaration of Rights*. El lenguaje no puede ser más expresivo:

“Whereas all Government ought to be instituted and supported for the security and protection of the community as such, and to enable the individuals who compose it to enjoy their natural rights...”.

No hay más razón constitucional que el hecho de que todo Gobierno debiera instituirse y mantenerse para seguridad y protección de la comunidad en cuanto tal, y para capacitar a los individuos que la com-

ponen en el disfrute de sus derechos naturales. Con pequeñas variaciones de estilo, idéntica amalgama de resonancias *hobbesianas* y *lockianas* se encuentra en las constituciones de Pennsylvania, Vermont, Massachusetts y New Hampshire⁽⁴⁶⁾.

Si la Constitución federal se entroniza, al cabo, como *Supreme Law of the Land* es precisamente con el objetivo de situar los derechos a resguardo de veleidades tiránicas, pues la revolución arranca de un memorial de agravios: la aprobación en la metrópoli de la *Stamp Act* de 1765, tenuta por contraria a la tradición impositiva y a los derechos de los colonos. Una forma de actuar que recuerda, dicho sea de paso, al expediente utilizado en 1689 por el Parlamento inglés para condenar la actuación de Jacobo II (“*having endeavored to subvert the constitution of the Kingdom by breaking the original contract between King and people... has abdicated the government and the throne is hereby vacant*”).

Desde tal referente cronológico, hecho explícito por la Declaración de Independencia norteamericana, hasta la aprobación de un *Bill* de derechos federal, que arranca con la frase *Congress shall make no law...*, hay una línea de continuidad, cuya lógica es aplastante: el Poder Legislativo, antes que guardián de los derechos, se ha revelado como fuente potencial de conculcación. Ahora se trata de sujetarle a los dictados de una ley superior, que incluye un reparto de poder, vertical y horizontal, y un reconocimiento de derechos. La visión “judicialista” en materia de garantías es la consecuencia necesaria de todo ello⁽⁴⁷⁾.

La cultura de los derechos de la Revolución norteamericana es individualista, pero también está imbuida de un claro componente historicista o restaurador. Se centra ahí la polémica sobre el carácter continuo o discontinuo de la Revolución norteamericana con respecto al *Common law* británico.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. el expresivo recorrido por los textos que realiza Bartolomé Clavero, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Cívitas, 1988, pp. 19 y ss. La obra contrapone, en Capítulos sucesivos, “América: supremacía de los derechos” frente a “Europa: suficiencia de la ley”.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Ulrich Preuss, “The Political Meaning of Constitutionalism”, en Richard Bellamy, ed., *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, pp. 11 y ss.

A la resolución de tal polémica nos parece que contribuye de manera decisiva el estudio de Fioravanti dedicado a las bases históricas de los derechos. A juicio del discípulo de Paolo Grossi, se dan tres grandes modos de fundamentar las libertades en el plano teórico, a las que corresponden otras tantas formas de reconocimiento y garantía por parte del ordenamiento⁽⁴⁸⁾.

Una es la doctrina individualista y “estatalista” de las libertades, construida en clave anti-historicista (Revolución francesa). Otra es, al mismo tiempo, individualista e historicista (Revolución norteamericana). Por fin, la tercera es historicista y “estatalista”, con un fuerte componente anti-individualista (juristas del Estado europeo de Derecho del siglo XIX). “Comprender estas combinaciones –dice Fioravanti– significa para nosotros comprender cómo se ha desarrollado, desde la edad de las revoluciones hasta los umbrales de nuestro inmediato presente, la cultura de las libertades...” (*Los derechos fundamentales...*, p. 25).

A partir de tales modelos, se comprenden, en efecto, mucho mejor las cosas. De un lado, el proceso revolucionario norteamericano, marcado, como hemos dicho, por la *desconfianza en el legislador*. Un proceso que arranca con las protestas de reestablecimiento de la *ancient Constitution* británica, vulnerada por obra de una actuación tiránica, y al que posteriormente se añade, cuando la perpetuación de lo anterior se revela imposible, las doctrinas de los derechos individuales y del contrato social, a la búsqueda de una legitimación fuerte y plausible para la separación de Inglaterra (*Los derechos fundamentales...*, pp. 75 y ss.)

De otro lado, la Revolución francesa, con su *pouvoir constituant* al estilo ya visto, y con un su sacralización de la ley –*legicentrismo*, lo llama Fioravanti– que actúa como nexo de unión entre el componente individualista y el componente estatalista de la revolución. Una cultura constitucional capaz de producir la fórmula sintética del artículo 16 de la Declaración, tiene precisamente en la cuestión de la garantía de los derechos su punto más débil y problemático, al fiarlo todo, no sin cierta candidez, a la obra de un legislador virtuoso, que lo es simplemente en tanto que repre-

⁽⁴⁸⁾ M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.

sentativo del pueblo o de la Nación, más allá de las facciones o de los intereses particulares (*Los derechos fundamentales*, pp. 56 y ss.)

No obstante la identidad aparente en los postulados de principio, consecuencia de ese componente individualista que las dos revoluciones comparten, la “lengua de los derechos” empleada en la Declaración francesa revela la diferencia. Por decirlo en los términos cuantitativos que utiliza García de Enterría, “la declaración cita once veces la palabra ‘Ley’ y dos más el adverbio ‘legalmente’”. Y concluye el autor del trabajo cuyo título hemos entrecomillado:

“(...) esta colocación de la Ley en el centro mismo del sistema de los derechos está en el origen de dos fenómenos capitales derivados en línea recta de la Declaración francesa, y que se buscará en vano en la influencia histórica del Derecho norteamericano: la formación del Derecho Público europeo a lo largo de todo el siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de Leyes(...). Todo el sistema jurídico queda reducido a un sistema cerrado de Leyes, lo que se llamará el Positivismo legalista: la revolución jurídica más radical y más importante de la historia, probablemente”⁽⁴⁹⁾.

A la relación de dichos “fenómenos capitales” con lo que representa ahora el objeto de nuestro tema, es decir, la suerte de la vocación constitucional tras el momento de auge revolucionario, consagramos el siguiente epígrafe.

⁽⁴⁹⁾ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 80-81.

CAPÍTULO III

FALSEAMIENTO: LAS “TRAMPAS” DEL POSITIVISMO

I. PRELIMINAR

La bifurcación de caminos del constitucionalismo, de que venimos hablando, se transforma, una vez cerrados los tiempos de la comunicación de influencias durante la oleada revolucionaria, en separación y olvido recíproco. No es que falten las miradas –ahí esta la agudísima obra de Tocqueville para atestiguarlo– pero los supuestos de partida, con sus diferencias de matiz, producen al poco tiempo prácticas constitucionales que poco tienen en común.

Europa es un laboratorio constitucional, en el que la pulsión política genera un continuo replanteamiento de los grandes problemas de fondo (titularidad de la soberanía, reforma constitucional, disposición de los poderes públicos, etc.) Pero tras el tejer y destejer constituciones, al socaire de los acontecimientos, hay un hilo de continuidad que afecta de lleno al valor de la Constitución y al de la propia doctrina del constitucionalismo.

Uno de los objetivos esenciales del concepto revolucionario de Constitución, la garantía de los derechos, se da por cumplido con la codificación del Derecho Privado. Éste es un producto sólido y duradero, como también lo será un régimen jurídico de especialidad administrativa, “que

permanece”, por decirlo con la conocida observación de Otto Mayer. Esto es así hasta el punto de que no es irrazonable poner en tela de juicio el éxito del constitucionalismo, en tanto que idea *fuerte* de limitación del poder por el Derecho, durante la experiencia europea decimonónica.

La “huída de Constitución” a la hora de positivizar los derechos, esto es en el momento de conferirles efectividad mediante el establecimiento de garantías y mediante la disposición estructural de los poderes, es lo que priva de sentido hablar de un Derecho Constitucional en Europa durante el siglo XIX.

Y a la inversa, la ausencia de esa reducción de los derechos a una esfera civil/privada, la sede constitucional de positivización y garantía de los mismos, propicia en Norteamérica una resolución de “casos y controversias”, que se vale de un razonamiento genuinamente jurídico-constitucional.

El mundo del Derecho y el mundo de la Constitución tienden a separarse en Europa; las discusiones pasionales de teoría constitucional ceden paso a una teoría rígida y formalista *del Estado*, que será campo acotado de los iuspublicistas. Un estudioso del fenómeno de la codificación, Giovanni Tarello, mantiene, en términos tajantes, que el constitucionalismo moderno aparece en la cultura jurídica con la experiencia norteamericana. Y lo razona así:

“Una estructura organizativa jurídica puede llamarse ‘de Derecho Constitucional’ (en sentido moderno) cuando presenta tres elementos, a saber: i) organización del poder político en función de la tutela y garantía de unos derechos asumidos como preexistentes, y con el límite de la inviolabilidad de tales derechos; ii) carácter individual, y no corporativo, de los derechos tutelados; iii) implantación de dos niveles de legalidad jerárquicamente relacionados: la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria”⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 561.

En la experiencia europea se da, aunque en términos muy matizados el punto *ii*), pero es muy dudoso que se dé el *i*), y falta, desde luego, absolutamente el requisito *iii*).

Tomás y Valiente, en uno de sus escritos publicado con carácter póstumo, contempla el problema de manera más matizada, y en términos de la por él llamada *cultura del constitucionalismo*:

“Hubo una cultura predominantemente política de la Revolución francesa, y hubo una cultura jurídica de la Revolución americana como sustrato predominante de aquella revolución constitucional. Entre los tres vértices del triángulo formado por Gran Bretaña, Francia y los nacientes Estados Unidos hubo corrientes de pensamiento comunes, como el iusnaturalismo y la doctrina de los derechos naturales. Pero por debajo de influencias circulares entre Francia y la Unión, John Phillip Reid ha puesto de manifiesto la mayor y más profunda relación de dependencia de la culture of constitutionalism norteamericano con la historia tradicional británica y con algunos de sus principios en ella destacados, como su judicialismo y la finura de un sentido jurídico pragmático y casuístico que informa el constitucionalismo anglosajón”⁽⁵¹⁾.

Es la “cultura del constitucionalismo” la que, manifiestamente, languidece en la experiencia europeo-continental del XIX. La idea de los límites del poder queda desplazada por el concepto de una representación nacional como poder omnímodo; la sujeción constitucional de la

⁽⁵¹⁾ Francisco Tomás y Valiente, voz “Constitución”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10, Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, eds. Tomo la referencia de Bartolomé Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 213-214. Por su parte, la referencia de Tomás y Valiente a la obra de Reid lo es, a buen seguro, al monumental estudio de éste *Constitutional History of the American Revolution*, 4 vols., Madison, 1986-1993.

Nación deviene una “contradicción en los términos”, y la Constitución se transforma en documento esencialmente maleable, e incapacitado para encauzar en modo alguno la expresión de la voluntad representativa.

En una ciencia de la Constitución como “biblioteca pendiente de reorganizarse”⁽⁵²⁾, suele llamarse a esta deriva europeo-continental constitucionalismo de *inspiración jacobina*, como algo contrapuesto a un constitucionalismo de *inspiración anglosajona*⁽⁵³⁾.

Pero no es el nombre lo que importa. Lo decisivo es que, con el dogma de la omnipotencia del legislador, el componente garantista de la Constitución, y la “idea fuerte” del constitucionalismo, como límite del poder, quedan falseados. La adulteración se verifica a través de diversos frentes:

- a) Abandonada la idea de límite, la Constitución deja de ser *Ley fundamental*, y queda degradada a la condición de mero “marco para el ejercicio del poder”, una simple exteriorización del modo de ser del poder soberano,
- b) El arrinconamiento del componente contractual-individualista, implícito en las construcciones iusnaturalistas de los *droits de l’homme*, deja a éstos desprovistos de garantía. En la medida en que la Constitución menciona los derechos, si es que lo hace, no son más que mudables autolimitaciones del poder soberano,
- c) El Estado con Constitución pasa a ser *Estado de Derecho (Rechtsstaat)*, un Estado que persigue sus fines, y actúa, sólo de conformidad con el Derecho, pero donde los límites se muestran más bien como autorrestricciones revocables,
- d) La Constitución deja de ser garantía de unos derechos previos, que se prescriben, para convertirse en descripción del orden institucional. Sólo un correcto funcionamiento de éste permite *adicionalmente*

⁽⁵²⁾ Cfr. la “Introduzione” a la obra colectiva *Il futuro della Costituzione*, cit. nota 27.

⁽⁵³⁾ Augusto Barbera y otros, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp.6 y ss.

garantizar las posiciones jurídicas subjetivas atribuidas al individuo por el Estado.

Los distintos frentes a través de los cuales se verifica el falseamiento de la idea constitucional, concretados por Rebuffa en los extremos que, más o menos, acabamos de señalar⁽⁵⁴⁾, son reconducibles, si bien se mira, a un solo término que puede explicarlo todo. Me refiero, claro está, al empeño por hacer operativa una idea que se presenta siempre, en conjunción problemática, con respecto al constitucionalismo.

Se trata de la soberanía, esa fuerza desnuda, descrita por Bodino como *puissance absolue et perpétuelle*, “no limitada ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo”⁽⁵⁵⁾, de la que se ha dicho irónicamente que sobrevive, tras sucesivos *aggiornamenti*, como “un homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los sistemas constitucionales de nuestros días”⁽⁵⁶⁾.

El ideal constitucional resulta inconciliable con un poder, ni siquiera “dormido”, que sea, a la vez, indiviso, incondicionado, ilimitado, y con capacidad para violar, creando uno nuevo, el derecho existente. Según la famosa expresión de Kriele, “la idea de un poder soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional”⁽⁵⁷⁾.

El potencial destructor de la soberanía fue apreciado perfectamente en un momento clave de la historia constitucional inglesa. En 1628 correspondió a Edward Coke defender ante la Cámara de los Lores la *Petition of Rights* en cuya redacción él mismo había intervenido. La Cámara pretendía añadir al Documento una cláusula para proteger la soberanía del Rey, sobre la base de que en sus manos estaba “*the protection, safety and happiness of the people*”.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. G. Rebuffa, *Costituzione e costituzionalismi*, Turín, Giappicheli, 1990, pp. 43 y ss.

⁽⁵⁵⁾ Bodino, *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1986, Cpt. VIII del Libro Primero.

⁽⁵⁶⁾ Luigi Ferrajoli, “Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism”, en R. Bellamy, ed., *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty*, cit. nota 47, pp. 151 y ss.

⁽⁵⁷⁾ Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 151.

Esto formaba parte del juramento que los Reyes prestaban al acceder al trono (*to hold and keep the laws and righteous customs which the community of the realm shall have chosen*), con el preciso objetivo de circunscribir la discreción regia al marco de las “antiguas leyes y costumbres”. Coke, el Juez del célebre caso del Dr. Bonham (1610), en el que el Tribunal se atrevió a poner coto a las facultades del Parlamento (“*In many cases the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void*”)⁽⁵⁸⁾, tuvo que utilizar ahora sus dotes persuasorias contra las facultades del Rey, y en favor del Derecho:

“Sé que la prerrogativa –dijo Coke– es parte del Derecho, pero el concepto de poder soberano no forma parte del léxico parlamentario. En mi opinión debilita la Carta Magna y los estatutos; ambos son absolutos, sin ninguna salvedad de ‘poder soberano’, y si ahora acogemos el concepto estaremos socavando los fundamentos de la ley, y afrontaremos el riesgo de que se venga abajo el edificio entero. Prestemos atención a lo que añadimos. La Carta Magna es algo tan nuestro que no necesita de ningún poder soberano”⁽⁵⁹⁾.

Parfraseando a Coke, podríamos decir algo muy parecido: una Constitución asentada y en disposición de desplegar su fuerza normativa, ninguna necesidad tiene de la fuerza devastadora un poder soberano. El mal genético de que adoleció el llamado constitucionalismo “de inspiración jacobina” fue la pretensión de conciliar lo inconciliable.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Juan Manuel López Ulla, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 30 y ss.

⁽⁵⁹⁾ Cit. en Arthur Goodhart, *Law of the Land. Magna Charta Essays*, Charlottesville, The University Press of Virginia, 1966, p. 68.

El siglo XIX europeo asiste así a una desintegración del Estado constitucional, sometido a una polarización creciente entre los dos principios de soberanía democrática y soberanía monárquica, que se enfrentan irreductiblemente⁽⁶⁰⁾. Los remedios a dicho mal genético, la soberanía “compartida” de la Restauración, y la entronización del Estado como persona jurídica dotada de voluntad autónoma, serán, al cabo, paliativos poco eficaces, que arrojarán como resultado un largo período de oscurantismo constitucional.

II. POSITIVISMO *VERSUS* CONSTITUCIONALISMO

Junto al pesado lastre de la soberanía, con sus terribles dilemas, un segundo factor que no favorece precisamente la implantación de una genuina cultura constitucional en la Europa del XIX, es el persistente influjo de una concepción de lo jurídico de corte rigurosamente positivista.

Bajo el manto del término “Positivismo”, se aúnan, como ha mostrado Bobbio, al menos tres doctrinas diferentes⁽⁶¹⁾. Una primera, parte de la premisa epistemológica de que la Ciencia del Derecho, a semejanza de las ciencias empíricas, ha de evitar cualquier sello de índole metafísico en sus fundamentos. La Ciencia del Derecho tiene que describir el ordenamiento tal como es, evitando juicios de valor que conduzcan a éste hacia el mundo del deber ser. Se trata, en otras palabras, de la pretensión de construir una teoría jurídica “pura”, desbrozada de cualquier elemento espurio. Una segunda doctrina, o cuerpo de doctrinas positivistas, se funda en una representación del sistema jurídico, conforme a la cual el Derecho es un producto de la voluntad humana y, en último análisis, de la voluntad del soberano. Por fin, la tercera de las corrientes del Positivismo cuaja en una ideología que defiende el Derecho Positivo como una orden que debe ser acatada, cualquiera que sea su contenido, pretensión que suele presentarse con la caricaturesca fórmula germana *Gesetz ist Gesetz*.

⁽⁶⁰⁾ *Cfr.*, de nuevo, Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado*, cit. nota 57, p. 391.

⁽⁶¹⁾ *Cfr.* Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milán, Ed. di Comunità, 1972, pp. 103 y ss.

Cada una de las tres corrientes sucintamente descritas resulta difícil de conciliar, tal como ha mostrado Troper, con la doctrina del constitucionalismo⁽⁶²⁾. La ideología positivista difícilmente puede tener encaje en una doctrina que sólo considera como legítimo al Gobierno constitucional, es decir, uno fundado en determinados principios, y en el seno del cual la obligatoriedad de la orden jurídica se basa no sólo en la conformidad de la misma con respecto a los presupuestos procedimentales recogidos en la Constitución, sino además con la propia conformidad constitucional de sus contenidos.

El Positivismo es una teoría del Derecho que critica las diferentes versiones de su doctrina opuesta: el iusnaturalismo. Para éste, por encima del Derecho Positivo, producto de la voluntad humana, hay un Derecho superior, resultado de la voluntad de Dios, o inscrito en la naturaleza de las cosas. Tal Derecho Natural resulta cognoscible a través de la razón, y es competencia de los juristas descubrirlo. Por otra parte, es algo diferente de la moral, y se impone a los destinatarios de la orden jurídica precisamente debido a la conformidad de la orden con los postulados del Derecho Natural.

Tales son los aspectos centrales que el Positivismo combate. En su versión más rigurosa, éste sostiene que el Derecho Natural no existe; en sus versiones más moderadas, que no es cognoscible. De un modo u otro, la consecuencia es que hay que atenerse a lo empíricamente comprobado como existente, es decir, un Derecho Positivo que toma su validez del procedimiento de emisión, y no de su compatibilidad con cualquier derecho superior.

Ya hemos visto que el constitucionalismo aparece, por el contrario, estrechamente vinculado al iusnaturalismo. Se trata de un vínculo histórico, pero también de carácter lógico. Es verdad que la garantía de los derechos, como núcleo de la idea constitucional concretada en un documento escrito, no necesita de ningún Derecho Natural racional para sustentarse. También el Positivismo puede defenderlos en la misma medida en

⁽⁶²⁾ Michel Troper, *Pour une Théorie juridique de l'Etat*, París, PUF, 1994, Cpt. XIII ("Le concept de constitutionalisme et la théorie moderne du droit").

que, mediante su reconocimiento explícito, han pasado a ser objeto de las disposiciones constitucionales, esto es, Derecho Positivo.

Pero hay una cuestión de difícil respuesta desde los postulados positivistas. Se trata de la cuestión del fundamento del carácter obligatorio de la Constitución y, por consiguiente, de los derechos. La Constitución viene a expresar la voluntad del poder constituyente, pero ninguna norma de Derecho Positivo prescribe tal conformidad. El Positivismo se ve así obligado a recurrir a una forma de razonamiento hipotético: si la ley vale porque es conforme con la Constitución, entonces necesariamente hay que suponer que la Constitución es una norma obligatoria. Este es el “salto” operado por la famosa “norma fundamental hipotética” kelseniana, sobre la que habremos de volver. Baste por ahora con decir que el Positivismo sustituye una teoría del fundamento del carácter obligatorio del Derecho, por una hipótesis acerca de su obligatoriedad.

El constitucionalismo va más allá. La Constitución nace con una vocación de obligatoriedad que es perdurable sobre la voluntad de quienes contribuyeron a su aprobación. Su autoridad se funda en el contenido, no en la voluntad de quienes la aprobaron. Ésta es circunstancial y pasajera; se limita a recoger la voluntad política de un momento –lo que no justificaría la pretensión de validez en el futuro– pero con un contenido que trasciende la voluntad de las generaciones vivas y se dirige a un fin: el de llevar a cabo unos objetivos justos, justos por naturaleza, que pueden concretarse en la salvaguarda de la libertad política. A ese objetivo, que es tanto como decir defensa de la dignidad de la persona y de su libre autodeterminación, se enderezan las disposiciones de estructura de la Constitución, así como las referentes a sus principios “dogmáticos”.

El constitucionalismo se afirma, pues, como prescripción, y la superioridad de la Constitución, el fundamento de su validez, radica precisamente en su pretensión de instaurar un orden justo. Como dice esquemáticamente Matteucci, es en la “ciceroniana” *recta ratio*, y no en la “bodiniana” *puissance*, donde radica el fundamento último de la orden jurídica⁽⁶³⁾.

⁽⁶³⁾ Nicola Matteucci, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Procesuale Civile*, 1963, pp. 985 y ss.

El mismo autor, con largo tracto histórico, describe la suerte política del Positivismo en los siguientes términos:

“El Positivismo jurídico representará justamente la toma de conciencia de una nueva realidad emergente: el Estado soberano (...). El Positivismo jurídico es ciencia en la medida en que, para él, todo se concentra en la ley, un nuevo hecho. Y es también ideología, en cuanto que confiere a la ley una posición privilegiada: la de fuente de las fuentes. La toma de conciencia del Estado moderno es históricamente actual y políticamente vital, pues proporciona a los hombres la necesaria autoconciencia crítica de su tiempo, y los instrumentos políticos y científicos para actuar sobre éste. Para llegar a esto fue necesaria una profunda revolución espiritual, cuyas raíces pueden ser de índole teológico-religioso. Pero el tránsito desde una concepción racionalista de la justicia a una voluntarista se iniciará con aquellos juristas que empiezan a ver en las todavía escasas leyes del Rey o del Parlamento no ‘declaraciones de voluntad’ que hay que interpretar hacia el fin de la justicia, sino mandatos que es preciso analizar de una forma lógica. Este tránsito llega a su cumbre en la compleja fase de las codificaciones (...) y toca el fondo de la parábola descendente hoy, cuando la ley ha perdido sus antiguas características y ha pasado a ser expresión de una voluntad puntual y contingente, de manera que no se gobierna según la ley, sino que se gobierna legislando”⁽⁶⁴⁾.

Lo extensísimo de la cita creo que está justificado por la expresividad con que aparecen condensados varios siglos de avatares de pugnas

⁽⁶⁴⁾ *Positivismo giuridico e costituzionalismo ...*, pp. 1072-1073; y sobre las posiciones de Bobbio y Matteucci en la materia, *cfr.* recientemente, Costanza Margiotta, “Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e Positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XXX (2000), pp. 387 y ss.

políticas y teorías del Derecho. Corresponde ahora contemplar un poco más de cerca el momento de la apoteosis del Positivismo, con sus dogmas (primacía de la ley, ausencia de límites jurídicos al poder soberano, reducción del Juez a una máquina dispensadora de silogismos, etc.), y su materialización en una fórmula, la del Estado de Derecho, a cuyo socaire cobrará carta de naturaleza nuestro Derecho Público.

III. ESTADO DE DERECHO, ECLIPSAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN Y TEORÍA DEL ESTADO

Pocos autores de libros jurídicos pueden presumir de haber iniciado sus libros con una frase que se haya convertido en célebre. Uno de ellos es, sin duda, Elías Díaz, cuyo *Estado de Derecho y Sociedad democrática* arranca con la famosa sentencia apodíctica “no todo Estado es Estado de Derecho”.

Las primeras palabras del segundo párrafo del libro no son menos significativas:

“Cabe adoptar como punto de partida la siguiente tesis: el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley; el Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la ‘voluntad general’”⁽⁶⁵⁾.

Al cabo de treinta años largos, lo que sorprendería a cualquier lector no avisado de las circunstancias políticas bajo las cuales se redactó el libro, es la falta de cualquier referencia a la Constitución, así como el arcaísmo de la equiparación del Derecho y de la ley a la ‘voluntad gene-

⁽⁶⁵⁾ Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Edicusa, 1966, p. 7. Y de imprescindible lectura complementaria resultan también los trabajos del propio Elías Díaz, agrupados en el libro *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.

ral'. Bastaría con sustituir "Derecho" por "Constitución", y "voluntad general" por "voluntad soberana del pueblo", para que las cosas sonaran mucho más actuales.

En el eficaz alegato de Elías Díaz, éste contrapone el Estado de Derecho al Estado totalitario (Capítulo II: "Fascismo y Estado totalitario"), y los tipos de Estado "social de Derecho" y "democrático de Derecho" aparecen como formas superadoras del primero (Capítulos III y IV, respectivamente; este último con su enfático arranque "El análisis y comprensión de las insuficiencias y contradicciones del sistema económico y del sistema ideológico derivado del neocapitalismo marca, puede decirse, el sentido de la superación del Estado social de Derecho: el paso al socialismo será así paralelamente el paso al Estado democrático de Derecho", (*Estado de Derecho y Sociedad democrática*, p. 89).

El apéndice bibliográfico del libro, dividido en dos Apartados, el primero propiamente de "bibliografía sobre el Estado de Derecho", y el segundo, dividido por voces, bajo la rúbrica "otras referencias bibliográficas", es muy ilustrativo para comprobar la escasa atención que las literaturas académicas germana, italiana y francesa (y por supuesto también la española) prestaban por entonces al valor de la Constitución como norma sustentadora de la democracia.

En el índice por voces no aparece el vocablo, y en el propiamente bibliográfico, con 127 entradas, las referencias se limitan (salvo error u omisión por mi parte) a un trabajo de Maurus, de 1898, titulado –ironías de la historia– *Der Moderne Verfassungsstaat als Rechtsstaat*, a un par de estudios sobre la (a la sazón emergente) justicia constitucional (el de Leibholz, de 1954, *Verfassungsgericchtsbarkeit in demokratischen Rechtsstaat*, y el de Lucas Verdú, de 1957, "Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes"), así como a un trabajo de Raúl Morodo, de 1962, que lleva por título "Constitución, legalidad, legitimidad"⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁶⁾ En las memorias de Raúl Morodo, *Atando Cabos*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 99 y ss., éste evoca el clima intelectual –el del Seminario de Derecho Político de Salamanca– en el que se gestarán, bajo el influjo de Tierno Galván y Lucas Verdú (cuyo *Estado*

Si algún interés tiene curiosear sobre tales minucias, no es para evocar un pasado en el que se hacía imprescindible explicar lo evidente, sino para confortarse con la constatación del impacto que en la cultura jurídica, y no sólo en la española, ha producido la vigencia de una Constitución genuinamente normativa. Una Constitución que, precisamente por serlo, resulta la única capaz de proclamar, permitiendo que se asienten, los valores propios de una sociedad democrática.

La expresión “Estado de Derecho” se nos aparece como algo imprecisa y, según algunos, hasta tautológica. En uno de sus últimos trabajos, Adolf Merkl denunciaba la ambigüedad de la fórmula, poniendo de relieve que la expresión podía significar cosas opuestas: *a*) un Estado que ejerce su poder por medio del Derecho, o bien, *b*) un Estado que no sólo domina mediante el Derecho, sino que también está dominado por el Derecho⁽⁶⁷⁾.

Cosas tan opuestas que no hay, que yo sepa, monografía o estudio sobre el particular que no necesite realizar un esfuerzo encaminado a esclarecer a qué nos referimos cuando hablamos de Estado de Derecho⁽⁶⁸⁾.

En la formulación constitucional, y en el debate teórico, la “selva” del Estado de Derecho sólo se hace transitable gracias a la concatenación de adjetivos cualificadores: “republicano, democrático y social” en la Constitución alemana, “social y democrático” en la española.

liberal de derecho y Estado social de Derecho había aparecido en 1955) el trabajo mencionado en el texto, y el del propio Elías Díaz. Véase también el escrito de Elías Díaz, “De un tiempo, de un país. Notas para una autobiografía intelectual”, publicado originalmente en 1986, y ahora incluido en el libro citado en la nota anterior.

⁽⁶⁷⁾ “Idee und Gestalt des Rechtsstates”, en *Festschrift für Hans Kelsen zum 90 Geburtsag*, Viena, Deuticke, 1971, p. 126, citado en Massimo La Torre, “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16 (1993), pp. 67 y ss.

⁽⁶⁸⁾ De referencia inexcusable es ahora el volumen coordinado por Pietro Costa y Danilo Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoría, crítica*, Milán, Feltrinelli, 2002, con más de 25 trabajos de diferentes teóricos del Derecho, historiadores y constitucionalistas de distintos ámbitos culturales. Incluye un equilibrado “Saggio bibliografico” a cargo de Francesco Vertova.

Sobre los alumnos de nuestras Facultades de Derecho recae un aluvión de conceptos, que los docentes utilizamos a menudo de manera intercambiable y escasamente meditada. Si llegamos a alcanzar algún éxito, y siempre y cuando el arsenal conceptual de las distintas áreas de conocimiento no venga a enturbiar las cosas, cabe esperar que, al cabo de algunos meses, desemboquemos en ciertas “convenciones comunicativas” que sirvan para entendernos.

Podremos así dar por sentado que, cuando adjetivamos al Estado de Derecho como *liberal*, poniendo todo el énfasis del mundo en el adjetivo, estamos pensando en una forma de Estado que es constitucional, pero no democrático. Pasamos por alto que, obrando así, presentamos liberalismo y democracia en relación conflictiva, lo que en el (más bien improbable) supuesto de que el alumno siga de cerca el debate público, puede ser origen de no pocas confusiones. Si hablamos de Estado *social* (o de Estado *del bienestar*), locución esta última idónea también para suscitar nuevas perplejidades, estaremos de acuerdo en que nos referimos a una forma de Estado que sucede históricamente al Estado liberal. Que, a renglón seguido, seamos propensos a embarcaros en consideraciones sobre la crisis del Estado social, sin aclarar si ello supone el tránsito hacia formas nuevas, o bien la resurrección, cuando menos parcial, de formas periclitadas, es algo que, en este momento, podemos pasar por alto.

Tenemos, por tanto, un calificativo central, “de Derecho”, y cuatro adjetivos, constitucional, democrático, liberal y social, que son repertorio suficiente para dar cuenta de una evolución. En ella lo constitucional permanece (aunque su importancia varía de un momento a otro), y lo demás va gravitando en torno a lo central hasta alcanzar una convergencia, en la que lo constitucional se convierte, por sus implicaciones, en el elemento hegemónico.

El resultado deseable sería, en suma, el asentamiento de una “convención comunicativa”, en la que bastaría, para explicarlo todo, con invertir el título del libro de Maurus al que antes nos hemos referido: el moderno Estado *de Derecho* como Estado *Constitucional* (y, por ende, social y democrático).

La explicación de las razones por las que la fórmula “Estado de Derecho” pudo hacer fortuna, arrinconando el componente constitucional, hasta desembocar en el dilema, planteado en 1929 por Hermann Heller, “Estado de Derecho o Dictadura” se corresponden exactamente con las apuntadas para referirnos a la incierta suerte del constitucionalismo europeo durante el siglo XIX⁽⁶⁹⁾. En primer lugar está la congénita polisemia de la idea, una “discutibilidad esencial” a la que no se sustrae el Estado de Derecho, como concepto político que es al fin y al cabo⁽⁷⁰⁾.

En un estudio que cabe, en tal sentido, tildar de “reconstruccionista”, Bartolomé Clavero constata que los conceptos de “autogobierno”, “Estado de Derecho” y “regla de Derecho” (*Selfgovernment, Rechtsstaat y Rechtssatz*) “son también inventos más que descubrimientos, artefactos culturales más performativos y generadores, que intelectivos y analíticos”⁽⁷¹⁾. El trabajo toma como punto de arranque las palabras con las que Tomás y Valiente iniciara, en septiembre de 1995, una conferencia sobre “Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales”:

“No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante”.

⁽⁶⁹⁾ Hermann Heller, “Estado de Derecho o Dictadura”, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 283 y ss. El trabajo de Heller arranca, por cierto, con una llamada de atención sobre el éxito de la fórmula: “Hasta el desenlace de la Guerra mundial el Estado de Derecho pertenecía en Europa al acervo común de ideas. Como reivindicación no era discutido ni aun allí donde, ya en un todo ya parcialmente, no se le había reconocido o llevado a la práctica”.

⁽⁷⁰⁾ *Cfr.*, en general, Felix Oppenheim, *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, Madrid, Tecnos, 1987, Cpt. IX, bajo el epígrafe “Defensa del reconstruccionismo”.

⁽⁷¹⁾ Bartolomé Clavero, “Imperio de la ley y *rule of law*: tópica y léxico constitucionales”, en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 181 y ss.

El lugar y la fecha en los que la locución “Estado de Derecho” entra en escena son conocidos: el trabajo de Robert von Mohl, aparecido en Tubinga, en 1832, con el título *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*⁽⁷²⁾. El pensamiento de Mohl puede sintetizarse en la visión de un ordenamiento de la vida del pueblo en la que cada ciudadano sea sostenido y ayudado en el ejercicio de su libertad. Como dicha libertad representa el más alto principio que el Estado debe respetar, éste no puede tener más que una función ‘negativa’.

El contexto de la aparición en escena de la locución también es muy preciso: las (llamadas) Monarquías limitadas de los Estados germánicos, con vigencia de Principio Monárquico. Unos Estados donde subsisten extensas zonas de inmunidad en la actuación del Rey y su ejecutivo, precisamente, frente al Derecho⁽⁷³⁾.

Así mismo está bien identificado el fundamento filosófico. Se trata del pensamiento de Kant, resumido en la famosa afirmación “cualquier acto es conforme al Derecho cuando, por medio del mismo, o según su máxima, la libertad de arbitrio de cada cual puede coexistir con la libertad de los otros, según una ley universal”. El concepto *kantiano* de libertad como capacidad para decidirse a querer por uno mismo, y la distinción entre la esfera de la moralidad y la de la legalidad, serán determinantes para la configuración del Estado como una organización puramente jurídica, sin otra misión que la de posibilitar una convivencia ordenada entre los individuos.

Se ha podido así decir que “toda la Ciencia del Derecho Público alemán tiene, en este aspecto, su origen en Kant, que ha enseñado a considerar como función esencial del Estado la regulación y la sanción

⁽⁷²⁾ Cfr. Vincenzo Zangara, “Lo Stato di Diritto in evoluzione”, *Diritto e Società*, 2 [1983], pp.193 y ss. También Danilo Zolo, “Teoría e Critica dello Stato di diritto”, en el volumen colectivo citado en la nota 68.

⁽⁷³⁾ El contexto político aparece magistralmente resumido en el trabajo de Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del Derecho Público (I)*, Madrid, Marcial Pons, 2002, con Epígrafe específico dedicado a Von Mohl (“Donde se persigue al incansable trabajador Robert Von Mohl y se analiza su obra ambiciosa”).

del Derecho, y como límite de la acción estatal esta misma regulación y esta misma sanción”⁽⁷⁴⁾.

La codificación vendrá a ser el expediente técnico por virtud del cual se intenta salvaguardar la libertad civil del individuo contra las injerencias del poder político. El Código desplaza a la Constitución, empobrece el contenido de ésta y le asesta un golpe crucial a su originaria razón de ser. Y ello pese a la común matriz de ambos fenómenos, constitucionalizador y codificador, expresión ambos de un racionalismo jurídico que dará pronto sus frutos con la tecnificación de la Ciencia Jurídica, y la consiguiente “neutralización” política de sus cultivadores⁽⁷⁵⁾.

Frente a la mutabilidad e incertidumbre de la Constitución, se trataba de resaltar la estabilidad y la certeza del Código, tal y como dijera Zeiller, el impulsor y *factótum* del *Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch* austriaco de 1808: “es necesario separar la materia del Derecho Civil de la del Derecho Político, porque aquél representa el orden natural frente a un orden artificial y estatuido”⁽⁷⁶⁾.

Paradigma de una sin par operación reductora del Derecho a la legislación, la codificación “absolutiza” el fenómeno jurídico y se lo entrega al Estado en régimen de monopolio, y a la luz de un empeño que nada tiene de constitucional. La “carga invisible” de la operación (en los términos de Tomás y Valiente), todavía pesa. Así lo denunciaba no hace mucho, en ocasión solemne, un jurista de tan profunda sensibilidad histórica como Paolo Grossi:

“Sea ya por la lucidez del proyecto jurídico burgués, ya por su carga de despotismo, ya por la pereza proverbial

⁽⁷⁴⁾ Guido de Ruggiero, *Historia del Liberalismo europeo*, Madrid, Pegaso, 1944, p. 172.

⁽⁷⁵⁾ Remito, de nuevo, a Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I Assolutismo e codificazione del diritto*, cit. nota 50, “Introduzione”, *passim*.

⁽⁷⁶⁾ *Cit.* en Enrique Gómez Arbolea, “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, en la recopilación de trabajos de dicho autor, *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, cit. nota 17, p. 542.

del cuerpo de los juristas, sea por lo uno o por lo otro, estatualidad (sic) del derecho, monopolio de la ley, función pasiva de la iurisprudentia son factores que se han mantenido prácticamente intactos, al menos para la convicción difusa de la mayoría silenciosa de los juristas⁽⁷⁷⁾.

Toda una tradición, de larga impronta, que depositaba en los jueces una función de contrapeso del poder quedó cancelada con la construcción del Estado de Derecho y su traducción teórico-positivista en el terreno de la Ciencia Jurídica. Desde las célebres palabras de Robespierre, condenatorias de la jurisprudencia, pero donde todavía cabe la Constitución (*Ce mot de jurisprudence des tribunaux doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi*), se desemboca, en línea directa, en el Juez como mera *vox legis* o “autómata de la subsunción” (*subsumziionsautomat*), lo que vino a dar un tardío, pero completo triunfo, a las ideas de Montesquieu⁽⁷⁸⁾.

En este particular extremo, no hay diferencias significativas entre las distintas corrientes interpretativas que dominan la escena jurídica, en Francia y en Alemania, durante la primera mitad del siglo XIX, la de la exégesis y las dogmática e histórica⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ “El punto y la línea. Historia del Derecho y Derecho Positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo”, Lección magistral en el acto solemne de investidura como doctor *honoris causa* del profesor Paolo Grossi, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998, p. 21.

⁽⁷⁸⁾ Al respecto puede verse el trabajo de Massimo La Torre “Il potere ambiguo. La figura del giudice tra la democrazia francese e il Rechtsstaat tedesco”, *Sociología del Diritto*, 2, 1999, pp. 37 y ss.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Franz Neumann, *The rule of Law. Political theory and the Legal system in modern society*, Heilderberg, Berg Publishers, 1986, pp. 226 y ss. El “diálogo” entre Savigny, representante por excelencia de la llamada Escuela Histórica, y su discípulo Ihering, defensor inicial de una construcción “dogmática” o de conceptos, en evolución posterior hacia una llamada “de intereses”, puede verse en P. Casanovas y J. Moreso, eds., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 22 y ss.

Precisamente al Ihering de la segunda etapa, el de la jurisprudencia “de intereses”, defendida en una obra de 1877, *Der Zweck im Recht* (*El fin en el Derecho*), se debe la siguiente reflexión, diametralmente antitética con respecto a lo que había sido el ideal del constitucionalismo:

“Es un error creer que el interés o la seguridad de los derechos y de la libertad política requieren el máximo posible de limitaciones de la autoridad del Estado por medio del Derecho. Ello es consecuencia de la extraña convicción de que la fuerza es un mal que hay que contener al máximo. La fuerza es, en realidad, un bien; aunque, al igual que todos los bienes, sólo puede ser utilizada de manera saludable, y teniendo en cuenta la posibilidad de abusos”. Y concluye así: “El único medio de prevenir los abusos no consiste en encadenar la fuerza; hay otro mucho más eficaz, reside en la responsabilidad personal”⁽⁸⁰⁾.

Desde la perspectiva positivista, parece evidente que la Constitución es Derecho del poder, no de la libertad. La construcción dogmática del Derecho Público nace con esa impronta genética y, a partir de la misma, construye un sólido arsenal conceptual que trasluce cierta mística estatista de sesgo autoritario. Las palabras utilizadas por Anschütz: “Aquí desaparece el Derecho Público”, para referirse al modo (extrajurídico) en que se resolvió el conflicto constitucional prusiano de 1862-66, son lo suficientemente expresivas al respecto⁽⁸¹⁾.

La teoría del Estado-persona fue formulada en Alemania por Gerber, en 1865, con el fin de combatir la concepción patrimonial del poder, que hace del Estado un patrimonio del Príncipe, y de la facultad de mandar un derecho subjetivo del rey (“La tierra y la gente –escribe

⁽⁸⁰⁾ Rudolf Ihering, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978, pp. 203-204, bajo el epígrafe “Límites de la sumisión del poder público a la ley”.

⁽⁸¹⁾ Cit. por Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 17.

Gerber en sus *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*– han salido de la esfera patrimonial del Príncipe, los súbditos se han constituido como pueblo unido con conciencia nacional, y de esta concepción ha surgido en las nuevas leyes constitucionales *el Estado como un organismo constitucional autónomo*, y el Príncipe ha cambiado su antigua situación como sujeto jurídico fuera del Estado por su situación como *órgano de voluntad supremo*⁽⁸²⁾.

El objetivo de Gerber era el de realizar una construcción sistemática del Derecho Político vertebrada jurídicamente y liberada de las adherencias filosóficas e históricas que habían imperado hasta entonces. La doctrina del Estado había de ser puramente jurídica y, para conseguirlo, el Estado tenía que ser tratado como sujeto de derecho, es decir, como persona jurídica. La consideración del Estado como un ente personal aparecía así como la premisa necesaria para toda la construcción jurídica del Derecho Público. “De Gerber –dice Fernando de los Ríos en su prólogo a la traducción, efectuada por él mismo, de la Teoría General del Estado, de Jellinek– arranca el moderno Derecho Político alemán y, aun hasta cierto punto, la concepción general que ha prevalecido durante algún tiempo en la Europa continental en lo que a esta disciplina jurídica respecta”.

La misma pretensión metodológica, depuradora de cualquier elemento ajeno a lo rigurosamente jurídico, se advierte en la obra de Paul Laband, de 1876, *Das Staatsrechts des deutschen Reiches*. Para él, método jurídico significa análisis lógico-formal de las normas de Derecho Positivo:

“le rôle scientifique de la dogmatique –escribe en el prólogo de la segunda edición– dans un droit positif déterminé consiste à analyser les formes juridiques, à

⁽⁸²⁾ Cfr. Joaquín Tomás Villarroya, “La dirección dogmática en el Derecho Público”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 731 y ss.

ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces principes les conséquences qu'ils impliquent (...)⁽⁸³⁾.

Una geometría jurídica que, como se ha dicho, cerraba cualquier vía de penetración al “espíritu 1789”, formando una realidad autónoma con respecto a otra realidad *más real* (si se nos permite la chanza): un imperio de 25 Estados, bajo la hegemonía de Prusia, con un *Kaiser* a la cabeza, dotado de facultades omnímodas en materia de política exterior y mando del ejército, y comprometido en una política de contención de la clase obrera⁽⁸⁴⁾.

Con la teoría del órgano, la “mística estatalista” quedará elevada a su máxima expresión, como lo atestigua el lenguaje utilizado por Santi Romano, el más entusiasta cultivador de dicha teoría, sobre la estela de lo ya apuntado por Gierke:

“Impersonalidad del poder público, o mejor, personificación del poder por medio del Estado, concebido él mismo como persona: he ahí el principio fundamental del Derecho Público moderno, una persona inmaterial, pero real; una entidad no ficticia o imaginaria, pero que, pese a no tener cuerpo, actúa mediante delicados y maravillosos dispositivos jurídicos, con el objetivo de formar, manifestar e imponer su propia voluntad. No sombra o espectro, sino verdadero principio vital que deviene operativo por medio de un organismo, en el genuino y estricto significado de la palabra, con la ayuda de un conjunto de instituciones, dis-

⁽⁸³⁾ Cito por la traducción francesa, Paul Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, Giard e Brière, 1900, pp. 9-10.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Álvaro Rodríguez Bereijo, “Laband y el Derecho presupuestario del Imperio alemán”, “Estudio preliminar” a Paul Laband, *Derecho Presupuestario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, *passim*.

puestas y coordinadas al servicio de la realización de aquel objetivo”⁽⁸⁵⁾.

La personalidad jurídica del Estado resulta ser una eficaz solución para encubrir con anaqueles de sofisticada doctrina el conflicto político de fondo. La persona estatal tiende a identificarse con el complejo Corona/Ejecutivo, y a arrinconar al Parlamento, al que se considera más bien cosa de la sociedad⁽⁸⁶⁾.

Jellinek completa la tríada de gigantes del Derecho Público alemán decimonónico. Su sincretismo metodológico, plasmado en la famosa *Zwei-Seiten Theorie* (el Estado como construcción social y como institución jurídica, con las dos doctrinas del Estado consiguientes, la social y la jurídica), le permite aproximarse al fenómeno estatal de manera mucho más acabada de lo que lo habían hecho el organicismo de Gerber y el exaltado Positivismo de Laband. Impresiona la erudición que acredita en su *Teoría General del Estado*, con sus lúcidas y penetrantes introducciones históricas a cada una de las instituciones de un Derecho Público, que ya no es puro formalismo *more geometrico*, pero en el que el Estado sigue apareciendo, al igual que en las obras de Gerber y Laband, como un poder supremo dotado de fuerza para imponer sus decisiones:

“La nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo. Este poder no puede derivarse de otro ninguno, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho. El contenido de este poder de dominación es completamente indiferente para su existencia. Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado”⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1969, p. 8.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Luis López Guerra, “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, 6 [1980], pp. 17 y ss.

⁽⁸⁷⁾ Georg Jellinek, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1978, pp. 367-368.

El Estado de Derecho se distingue del Estado absoluto, no por su diversa naturaleza, sino únicamente por la contingente decisión de autolimitarse que realiza el primero (*Selbstbindung des Staates*). Decisión, la de autolimitarse, que de más está decir que es revocable *ad libitum* por el Estado mismo. En la llamada línea Gerber-Laband-Jellinek, la juridicidad o el derecho son, como se ha dicho, “atributos accidentales de una esencia del Estado”⁽⁸⁸⁾.

Desde nuestra perspectiva actual, es en el encuadramiento de los derechos dentro del conjunto del sistema donde una construcción como la realizada por Jellinek manifiesta todas sus carencias. Como es sabido, Jellinek sostuvo una encendida polémica con el francés Boutmy acerca de las influencias que acusaba la Declaración francesa de 1789, colonial-norteamericana, y de carácter religioso, para el primero; de matriz *roussoniana* y carácter político, para el segundo⁽⁸⁹⁾.

Sintetizando ideas desarrolladas *in extenso* en su *System der subjektiven öffentlichen Rechts* (Sistema de los derechos públicos subjetivos), Jellinek concluye su trabajo sobre la Declaración con un Apartado dedicado a “Los derechos del hombre y la concepción germánica del Derecho”. El espacio de libertad del individuo viene ahí considerado no como un derecho, sino como una situación de hecho:

“Esta libertad no se crea por el Estado, se reconoce por él, y eso limitándose a sí propio y determinando los espacios que deja libres y que necesariamente deben existir, en la trama de las normas que rodean al individuo. El espacio libre así definido, más que un derecho es una situación de hecho. El gran error del Derecho Natural consiste en considerar este estado de hecho de la Liber-

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Massimo La Torre, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y Derecho en la obra de Hermann Heller”, Estudio preliminar a Hermann Heller, *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pretextos, 1996.

⁽⁸⁹⁾ La polémica puede seguirse en la edición preparada por Jesús Amuchástegui, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con los trabajos centrales de Jellinek y Boutmy, y los colaterales de Doumergue y Adolfo Posada, Madrid, Editora Nacional, 1984.

tad como un Derecho, y reconocer en ese Derecho una superioridad que habrá creado el Estado y limitado su poder” (Jellinek, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, p. 119).

En la teorización del Estado *liberal* de Derecho no es posible fundar los derechos y la libertad sobre el estado de la naturaleza y la derivación contractual. No hay contraposición alguna entre unos derechos naturales de los individuos (escritos así, con minúscula, como seguimos haciendo por inercia que probablemente es más que gramatical) y un Derecho Positivo del Estado (naturalmente con mayúscula). Sólo en el seno del Derecho Positivo puede hallarse el fundamento de unos derechos que no son expresión de valores precedentes, sino resultado y efecto de las normas mediante las cuales el Estado accede a autolimitarse.

Los derechos de libertad, al igual que los derechos subjetivos *in genere*, tienen así algo de contradictorio: se fundan (paradójicamente) en un estado de ausencia completa de derechos, y en condiciones de absoluta subordinación al poder estatal (el *status subjectionis* de la teoría de los derechos públicos subjetivos, de Jellinek). En su base ya no están aquellos derechos que *se presuponen plenos* hasta que una norma de la autoridad no los limite, sino el Estado, cuya soberanía *se presupone plena* en la medida en que él mismo no la limite con un acto de voluntad constitutivo de los derechos de los individuos⁽⁹⁰⁾.

Y la posición del Juez, en un sistema con principios de carácter tan *estatalista*, no puede dejar de resentirse:

“(...) es difícil que el Juez –no importa si ordinario o administrativo– sea completamente libre para tutelar los derechos individuales en el momento en que éstos chocan con las razones de la autoridad. En efecto, el Juez de que se trata no es depositario de un ideal de garantía autónomamente fundado en la Constitución –como en

⁽⁹⁰⁾ Cfr. Fioravanti, *Los derechos fundamentales...*, cit. nota 48, Cpt. 3, “El lugar de las libertades en las doctrinas de la época liberal”.

el caso estadounidense—, sino que es expresión de la soberanía del Estado, de tal manera que, en plenitud, no puede aparecer como un tercero neutral entre las razones individuales de los particulares y las razones de la autoridad pública y de la burocracia del Estado”⁽⁹¹⁾.

En el punto central del sistema, esto es, en la reformulación del poder soberano, como soberanía del Estado, hay una coincidencia entre la “línea Gerber-Laband-Jellinek”, la “relectura” de la soberanía de la Nación y de la propia Revolución francesa, verificada, con diversas variantes, por los iuspublicistas de la Tercera República, con Carré de Malberg a la cabeza, e incluso la *analytical jurisprudence* de un Jeremy Bentham y un John Austin.

Así, Duguit asimila el Estado a los gobernantes. Hauriou lo define como una institución; Esmein y Carré de Malberg lo presentan, en fin, como la personificación jurídica de la Nación. El esfuerzo teórico de Carré es especialmente notable en lo que tiene de interpretación global de la convulsa experiencia constitucional francesa en clave de progresiva afirmación de la soberanía del Estado, frente a los elementos disgregadores de carácter individualista (derechos de la Declaración), y también de tipo contractualista (voluntad de los ciudadanos como origen del pacto constituyente)⁽⁹²⁾.

Carré formula en términos muy técnicos las dos ideas típicas del Positivismo jurídico: la total identificación del Derecho con el Derecho del Estado, y el carácter de la Constitución como supremo acto de ejercicio del poder estatal. “Al jurista —escribe Carré— no le compete otra cosa que constatar que el Estado se encuentra formado a partir del momento en que la comunidad nacional, asentada sobre un territorio, posee de hecho órganos en disposición de expresar la voluntad de aquél, y capaces de establecer un orden jurídico, e imponer con carácter supre-

⁽⁹¹⁾ Fioravanti, *Los derechos...*, p. 120.

⁽⁹²⁾ *Cfr.* Marie-Joëlle Redor, “L’Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle”, *Droits*, 15 [1992], pp. 91 y ss.

mo su potestad de mando. La cuestión del procedimiento mediante el cual tales órganos se han constituido, no es que no sea el problema capital de la Ciencia del Derecho Público, sino que no es, en absoluto, un problema jurídico (...). En el fondo, todas las observaciones hasta aquí realizadas se reducen a esta verdad, aparentemente ingenua, pero bien profunda: el Derecho Constitucional presupone siempre una Constitución en vigor. Y así, por Derecho Constitucional hay que entender no un Derecho cuyo objeto sería constituir el Estado, sino un Derecho que sólo existe en el seno de un Estado ya constituido, y provisto de órganos en normal funcionamiento”⁽⁹³⁾.

Se asiste, en definitiva, a un triunfo a título póstumo de la filosofía *hegeliana*, donde el Estado aparece como encarnación de lo racional, como el mundo hecho espíritu y como libertad en plenitud de realización, según expone Hegel en el bien conocido pasaje de sus *Elementos de Filosofía del Derecho*:

“El Estado, en sí y por sí, es la totalidad ética, la realización de la libertad (...). El Estado es el espíritu que está en el mundo, y se realiza en el mismo con conciencia (...). El ingreso de Dios en el mundo es el Estado; su fundamento radica en la potencia de la razón que se realiza como voluntad. En la idea de Estado no deben tenerse presentes situaciones particulares, instituciones concretas; por contra, debe considerarse, por sí misma, la idea de este Dios real. (...). Las determinaciones de la voluntad individual son llevadas, mediante el Estado, hacia una existencia objetiva, y alcanzan sólo a través de él su verdad y realización. El Estado es la única condición para la realización del fin y bienestar particular”⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹³⁾ *Contribution à la theorie générale de l'Etat*, París, reimpr. CNRS, 1992, t. II, pp. 492 y 499.

⁽⁹⁴⁾ *Lineamenti di Filosofia del Diritto*, epígrafes 258 y 261, recogido en John M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bolonia, Il Mulino, 1996, p. 384.

Al doblar el siglo, el eco democrático de la Revolución francesa, y el del constitucionalismo, había quedado, en definitiva, sepultado por la ensordecedora presencia de la hiper-formalista doctrina jurídica del Estado. Y la consideración de los derechos tendía a circunscribirse, como apunta Smend, a “un simple y caduco rechazo de las limitaciones históricas –feudales o absolutistas– de la libertad individual”⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ Rudolf Smend, “Ciudadano y burgués en el Derecho Político alemán”, recogido en *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 254.

MIGUEL REVENGA

CAPÍTULO IV DEMOCRATIZACIÓN Y FRACTURA TEÓRICA

“La ortodoxia de que ha vivido políticamente el siglo XIX –concluía Fernando de los Ríos en su Estudio Preliminar a la obra capital de Jellinek– (...) se ha roto. Sus afirmaciones esenciales de carácter doctrinal, la soberanía como rasgo jurídico característico del Estado, o es desechada (...), o es concebida de muy distinta suerte (...). Los derechos individuales sufren una transformación substancial en su justificación, y el civilismo (*sic*) de que está invadido el Derecho Político pugna por ser arrojado fuera (...)”.

Y concluye con siete líneas, en las que realiza un encendido canto a la (llamada por él mismo) “la categoría de la libertad”:

“La solución (a la situación de crisis recién descrita) ha de arrancar de la fundamentación de un criterio intervencionista, criterio del que carece la moderna Ciencia Política. Este criterio sólo puede suministrarlo un análisis de la idea de libertad, verdadero fundamento, categoría radical de la vida civil, de donde ha de emerger el sistema de condiciones que ha de hacer posible a la voluntad jurídica (...) que cada hombre pueda resolver el problema trascendental de su vida: la vocación”.

El “criterio intervencionista” que Fernando de los Ríos echara en falta a la hora de fundamentar el Derecho Político, todavía había de demorarse unos años. Este sector de la Ciencia Jurídica sólo se había hecho respetable a costa de expulsar de su seno cualquier vestigio de las originarias señas de identidad del constitucionalismo. Pero la gran quiebra social provocada por la desaparición de los supuestos que estaban en la base del Estado liberal, hará del período que transcurre entre las dos guerras mundiales, y especialmente allí donde la quiebra fue más acusada, el momento del apogeo de un debate que ahora ya no puede eludirse.

Se trata del debate de siempre, el de la naturaleza y los límites del poder político, pero revivificado con el bagaje conceptual procedente de los saberes que el siglo XIX había ido asentando: el jurídico y el sociológico. El resultado es un replanteamiento polémico y radical de la cuestión del fundamento de la Constitución y de la cualidad de la misma para conformar la vida social.

El “colapso del imperio liberal” (por decirlo según el título de la conocida obra de Goldstene), tanto en la vieja Europa como en los Estados Unidos, hace que resurja, en efecto, algo hacia lo que la ideología dominante durante el siglo XIX había sentido profunda aversión: el problema del poder político, el de su titularidad y el de su reparto⁽⁹⁶⁾.

La estabilidad del mundo liberal deja así paso a la incertidumbre del mundo posbélico. “La diferencia más importante –escribe Lukács– entre el mundo de anteguerra y el de posguerra es, sin duda alguna, la fuerte conmoción primero, y más tarde la pérdida casi total, del sentimiento de seguridad en cuanto a la existencia social e individual”⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁶⁾ Paul Goldstene, *The Collapse of Liberal Empire*, New Haven, Yale University Press, 1977.

⁽⁹⁷⁾ Georg Lukács *El asalto a la razón*, Barcelona, Grijalbo, 1976, pp. 68-69. Stefan Zweig, en sus memorias *El mundo de ayer*, Barcelona, El Acantilado, 2001, pese a afirmar que “es mucho más fácil reconstruir los hechos de una época que su atmósfera espiritual” (p. 264) (o quizá por eso mismo), describe con eficacia difícil de superar los cambios que se fueron produciendo en la mentalidad social a partir del final de la Gran Guerra.

La “racionalización” del poder es la respuesta mediante la cual el constitucionalismo de la época intentará reconducir el potencial revolucionario, o disolvente, abierto por las nuevas marcas distintivas de aquél: universalización del sufragio, tendencia hacia la proporcionalidad de la fórmula electoral, reconocimiento de instrumentos de participación directa, nuevas responsabilidades del Estado en la dirección de la vida económica, ampliación del listado de derechos, etc. Pero la operación tendrá sus límites, y el marasmo de la política acabará haciendo (provisionalmente) inútil el esfuerzo racionalizador⁽⁹⁸⁾.

Todo ese arsenal de cambios sociales e innovaciones constitucionales necesariamente tenía que producir, como produjo, la ruptura de la ortodoxia positivista. Ésta se reveló incapaz de seguir teniendo éxito en su pretensión de situar el fenómeno jurídico a resguardo de contaminaciones de lo político. El sometimiento del Estado al Derecho dejó de tener la función legitimadora que le había caracterizado hasta entonces, y la propia ciencia de lo jurídico hubo de abandonar la aureola sagrada con la que aspiraba a perpetuarse en los anaqueles. Como ha escrito Estévez Araujo:

“(...) la radical separación del Derecho y la política presupone que los juristas no cuestionan la legitimidad del régimen político. Pero sobre todo, es la coincidencia generalizada de los valores políticos sustentados por los juristas y los contenidos del sistema jurídico, lo que crea la apariencia de que las operaciones de construcción de conceptos son ‘puramente lógicas’. La pretendida ausencia de lagunas en que la dogmática basaba la autonomía del Derecho, no es propiedad intrínseca del Derecho, sino producto de la actitud ideológica, de la fetichización del Derecho”⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. Javier Corcuera, “El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, vol. I, pp. 55 y ss.

⁽⁹⁹⁾ José A. Estévez Araujo, *Schmitt en Weimar. La crisis del Estado de Derecho liberal*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 90-91.

El principio monárquico, el moderantismo doctrinario y la Teoría del Estado habían hecho que el concepto revolucionario de Constitución –el que acostumbramos a llamar aún hoy concepto racional normativo– cayera en el olvido. El Derecho se había convertido en un *fetiché*, y el pensamiento jurídico, ya desde el nombre con el que autoproclamaba su carácter, era un modelo de pensamiento *dogmático*.

Todo eso se viene abajo en el período de entreguerras. El pensamiento de carácter jurídico-político se adentra en el campo del saber *investigador*, y arroja sus frutos con la aparición de lo que podemos llamar “fragmentos de teoría constitucional”; más bien diferentes teorías que tratan de aportar las respuestas que el constitucionalismo liberal y el Positivismo jurídico, con su normologismo vacío, ya no son capaces de dar. Eso ocurre, como es bien sabido, en un ámbito espacial-temporal bien determinado, la Alemania de la Constitución de Weimar, “microcosmos científico-cultural del constitucionalismo continental europeo”, por decirlo con palabras de Lucas Verdú⁽¹⁰⁰⁾.

Varias generaciones de tratadistas españoles de Derecho Político, a partir de la Segunda República, deben (o debemos) buena parte de nuestra formación al influjo de unas teorías, que se forjaron en el fragmentado y polarizado clima político de Weimar. Es posible que ello llegara a producir cierto apego obsesivo, hoy del todo injustificable. Pero, sea como fuere, pocas dudas caben de que, si la teoría constitucional ha alcanzado hoy un nivel satisfactorio, es porque ha sido edificada “sobre los lomos de determinados gigantes”.

Pocas cosas podrían explicarse hoy, cuando menos en Europa, sin haber captado (y acaso dejado de lado) la confrontación entre las ideas relativas a la defensa de la Constitución de Kelsen y Schmitt. Y muy pobre concepto de Constitución seríamos capaces de dar si prescindiéramos de las aportaciones en materia de dinámica constitucional de Heller o Smend.

⁽¹⁰⁰⁾ Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

Entre la obra de Hans Kelsen (1881-1973) y la de Carl Schmitt (1888-1985) discurre un sutil hilo que vincula a ambas a partir de la identidad de las cuestiones planteadas por los dos autores.

El Positivismo había dado la vuelta a Thomas Paine (“La Constitución de un país no es el acto de un Gobierno, sino del pueblo que constituye su Gobierno”), y había entendido que la Constitución es el producto de la voluntad del Estado. Si la Constitución es acto del Estado, ¿cómo puede, al mismo tiempo, ser el presupuesto de la legitimidad de los actos del Estado? O dicho de otro modo: ¿dónde radica el fundamento de la validez del Derecho?

La teoría de Schmitt hace de las limitaciones y de las debilidades de la democracia parlamentaria el *leit motif* que lleva al autor a una condena sin paliativos de la práctica del Estado constitucional. La denuncia de las contradicciones en que éste habría incurrido desembocan en un juicio negativo sobre la legitimidad del sistema, y en la reivindicación de un modelo alternativo, basado en el decisionismo y el caudillaje.

Schmitt distingue, como de sobra es conocido, cuatro conceptos de Constitución: absoluto, relativo, ideal y positivo⁽¹⁰¹⁾:

- a) El concepto absoluto significa “la Constitución como un todo unitario”, y puede, a su vez, ser entendido de dos formas distintas: como unidad *política* del Estado realmente existente, o como unidad concebida, esto es, *normativa*. En el primer caso, significa “la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado”; en el segundo, la “regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas”. En polémica con las concepciones de Kelsen, Schmitt sitúa esta última acepción en el contexto histórico de la Monarquía francesa de la Restauración, un sistema en el que “los representantes del liberalismo burgués” han calificado a la *Charte* de soberana. Con la diferencia respecto a Kelsen, de que el Derecho Natural racional daba allí la

⁽¹⁰¹⁾ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, Sección Primera (Concepto de Constitución), *passim*.

apariencia de sistema, orden y unidad que, en la teoría de este último, se desvanece, dejando así a la norma positiva desprovista de cualquier elemento legitimador externo: “(las normas positivas) no valen porque en justicia *deban* valer, sino sólo porque son *positivas*, sin consideración a cualidades como razonabilidad, justicia, etc.”

- b) El concepto relativo de Constitución hace que ésta equivalga a “la ley constitucional en particular”. La Constitución única se disuelve en “una pluralidad de leyes constitucionales distintas, formalmente iguales”, con lo que el significado de la Constitución experimenta un doble proceso, de *relativización* de sus contenidos, y de *formalización* indiferenciada de su proceso de adopción y reforma.
- c) El concepto ideal es el que se fija en el contenido de la Constitución, aceptando sólo como “verdadera” o “auténtica” aquella que responde a un cierto ideal de Constitución. Se trata, según Schmitt, de un concepto que ha hecho tanta fortuna que “desde el siglo XVIII sólo se han designado como Constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad”.
- d) Por fin, la Constitución en sentido positivo surge mediante un *acto del poder constituyente*, y “contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”. Para llegar ahí, Schmitt denuncia como inadmisibles el empeño de “disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas, y determinar después la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma”. El concepto de Constitución es únicamente posible a partir de la diferencia entre Constitución y ley constitucional: “(...) la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica”⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰²⁾ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 47.

La Constitución es, pues, decisión: “Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma de del propio *Ser*”, mientras que la ley constitucional no es sino “la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente”⁽¹⁰³⁾.

El decisionismo de Schmitt, y la tesis del poder constituyente puesta en acto por el constitucionalismo de impronta liberal, se asemejan en la separación que las dos realizan entre unidad política soberana y orden jurídico. En los dos casos, dicha unidad política, tildada de soberana, existe (en la Nación, en el Pueblo o en el Estado) como un dato anterior al orden jurídico positivo y con independencia de éste.

La diferencia estriba en el modo, por así decir realista y desmitificador, con el que Schmitt se enfrenta al asunto. El carácter indeciso con que aquel constitucionalismo dicho liberal afronta el problema del poder soberano, atribuyendo el ejercicio de éste a una entelequia, como la Nación, por sí sola o con el Rey, o bien al Estado –como ocurre en el caso de las tesis positivistas– deja paso, en el pensamiento de Schmitt, a la realidad descarnada de la actividad política. Ésta es concebida como una actividad humana cuyo objeto es operar la separación entre el amigo y el enemigo:

“(...) la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la que distingue amigo y enemigo. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio”⁽¹⁰⁴⁾.

Así pues, si la Constitución es la decisión global sobre la especie y la forma de la unidad política, lejos de ser el producto de un pacto con-

⁽¹⁰³⁾ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 94.

⁽¹⁰⁴⁾ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 56.

ciliatorio, se convierte en la línea de demarcación entre la amistad y la enemistad políticas. Es la decisión de aquella parte de la colectividad que ha conseguido excluir a la otra. La Constitución como decisión proporciona además un criterio de interpretación: ésta debe ser interpretada como si fuera el producto de una voluntad unitaria y coherente. Su funcionalidad última reside precisamente en ser el instrumento mediante el cual se identifica al enemigo y se le excluye de la legalidad. Un criterio interpretativo al servicio de un objetivo bien concreto y determinado: la defensa del traspaso, vía artículo 48 de la Constitución de Weimar, de las potestades parlamentarias hacia el presidente del Reich, legitimado como “señor de la Constitución”⁽¹⁰⁵⁾.

A la idea *schmittiana* conforme a la cual la Constitución es una decisión concreta del pueblo, entendido como *unidad política presupuesta*, es decir, del pueblo entendido no como abstracta base social de las instituciones, sino como sujeto político unitario y activo, en cuanto que resultado de la confrontación amigo/enemigo, se opone la concepción *kelseniana* de la Constitución, entendida como *norma fundamental presupuesta*.

Kelsen representa el punto de llegada de la línea emprendida por Gerber, y continuada por Laband y Jellinek, llevando hasta sus últimas consecuencias la consideración del Estado como un orden jurídico. Con él, señala Tomás Villarroya, puede considerarse plenamente culminada la labor depuradora que se había planteado como objetivo la llamada dirección dogmática del Derecho Público⁽¹⁰⁶⁾. En tanto que autor de la que pasa por ser la más importante teoría jurídica del siglo XX, ninguna polémica de la reflexión jurídica actual resulta comprensible prescindiendo de una doctrina que es casi siempre el punto de partida, cuando no el centro, de tales polémicas⁽¹⁰⁷⁾. Y si esto es así con respecto a la

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. José A. Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal*, cit. nota 99, Capítulo V (“Schmitt contra Weimar. El segundo modelo: la dictadura plebiscitaria del presidente del Reich”).

⁽¹⁰⁶⁾ Joaquín Tomás Villarroya, “La dirección dogmática en el Derecho Público”, cit. nota 82, p. 737.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Albert Calsamiglia, *Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1978, “Introducción”.

teoría jurídica, si hablamos de teoría constitucional, o de constitucionalismo a secas, es difícil no elevar a categoría absoluta afirmaciones del estilo de las recién transcritas. La teoría de Kelsen es para la teoría constitucional de nuestros días lo que fue el pensamiento de un Montesquieu, de un Rousseau o de un Sieyès, en el momento de la edificación del Estado Constitucional; un pensamiento pragmático y actuante, que vivificó para siempre el lugar de la Constitución en el sistema jurídico, y aportó al Derecho Constitucional la dignidad que hasta entonces no había tenido. Hablando en ese sentido, nos atrevemos a disentir de opiniones tan rotundas, y de fuente tan autorizada, como las de Karl Larenz, quien, tras calificar a la Teoría Pura del Derecho como “el más grandioso intento de elevar el saber jurídico a la categoría de ciencia”, establece un paralelismo entre la Teoría Pura y la llamada Jurisprudencia de Intereses en los siguientes términos:

“Así como la Jurisprudencia de Intereses fue defectuosa como teoría, pero de gran utilidad práctica, la Teoría Pura del Derecho es muy seductora como teoría, pero su contribución práctica resulta escasa”⁽¹⁰⁸⁾.

Muy al contrario, la obra de Kelsen debe ser considerada como la imprescindible bisagra teórica entre los viejos planteamientos y los nuevos. De un lado, como ha escrito gráficamente Francesc de Carreras, “supone la culminación jurídica del formalismo propio del Estado liberal garantista; de otro, introduce los dos elementos que subvertirán el orden antiguo y serán la clave para el nuevo Derecho Constitucional: la Constitución como norma suprema que condiciona la validez de todo el ordenamiento y la garantía jurisdiccional de esta validez en forma de tribunal especializado”⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Karl Larenz, *Storia del metodo nella Scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1966, pp. 95-96.

⁽¹⁰⁹⁾ Francesc de Carreras, “Prólogo” a M. Barceló, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 26.

Pero retomemos el hilo de la exposición y volvamos a los planteamientos de fondo. De entrada, es significativo que, tanto Schmitt como Kelsen, necesiten recurrir a un elemento ficticio para fundamentar su idea de Constitución. Los dos utilizan el verbo *presuponer*, es decir (conforme a la precisa definición del Diccionario de la Real Academia), “dar antecedentemente por sentada, cierta, notoria y constante una cosa para pasar a tratar de otra”. Presuponer una unidad política particular y concreta significa presuponer una guerra civil de la que se ha salido como vencedor. Presuponer una norma fundamental general y abstracta como *fundamento de todo el Derecho vinculante para todos*, significa dar por sentado que hay un “deber” de respeto pacífico al Derecho, que es asumido por todos como obligatorio.

Kelsen distingue entre Constitución en sentido lógico-jurídico, y Constitución en sentido jurídico-positivo. Y en este último sentido, la Constitución es contemplada desde dos puntos de vista: el de su contenido, y el del fundamento de su validez. Desde el punto de vista del contenido, Kelsen acoge una diferenciación que va a tener gran influjo posterior: la que distingue entre Constitución “en sentido formal”, y Constitución “en sentido material”. Desde el punto de vista del fundamento, la diferencia está entre constituciones que aparecen por vez primera, en términos históricos, y constituciones que derivan su validez de otra anterior.

“Si, por de pronto, –escribe –Kelsen– se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la Constitución. Por Constitución se entiende aquí la Constitución en un sentido material, es decir, con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales (...). De la Constitución en sentido material, corresponde distinguir la Constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado ‘Constitución’ que, como Constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples le-

yes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial (...)⁽¹¹⁰⁾.

La búsqueda del fundamento de la validez de la Constitución positiva le lleva a Kelsen a indagar cuál es la “Constitución primera en sentido histórico”, es decir, aquella que consiste en un acto de producción jurídica que no es, a su vez, aplicación de norma positiva alguna:

“Si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la Constitución del Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas (...), se llegaría quizá a una Constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la Constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una Constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la Constitución (...). Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera Constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una Constitución del Estado implantada revolucionariamente (...)⁽¹¹¹⁾.”

Esta Constitución, aprobada por vez primera en términos históricos, representa “la máxima autoridad jurídica”. Pero, para la Teoría Pura, el problema no acaba ahí. A continuación es preciso responder a la pregunta acerca del fundamento de la validez de dicha máxima autoridad. En otros términos, hay que explicar cómo se pasa del “hecho” de la instauración primera a la “circunstancia generadora de Derecho”. La respuesta de Kelsen es del siguiente tenor:

⁽¹¹⁰⁾ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1981, pp. 232-233.

⁽¹¹¹⁾ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 207-208.

“Si se considera solamente el orden jurídico estatal –y no el Derecho internacional– y se pregunta por el fundamento de la validez de una primera Constitución histórica estatal, (...) la respuesta sólo puede ser (...) que la validez de esa Constitución, el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser presupuesta, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas. Puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta (...). Como se trata de la norma fundante básica de un orden jurídico, (...) el enunciado que describe esa norma, el enunciado básico del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera Constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe)”⁽¹¹²⁾.

Esa norma fundamental es, precisamente, la “Constitución en sentido lógico-jurídico”, el punto de partida del procedimiento de producción del Derecho positivo, cuya esencia “se refiere inmediatamente a una determinada Constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente (...), y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa Constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa Constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella”⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹²⁾ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 208.

⁽¹¹³⁾ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 209.

El núcleo de la concepción kelseniana de Constitución se halla, pues, en el contenido de la norma fundamental, que es “la convicción de que la Constitución es una norma vinculante”. A la Constitución con fundamento en una unidad política concreta, resultado de la confrontación amigo/enemigo, Kelsen contraponen la Constitución basada en la difusa convicción de obligatoriedad compartida por toda la comunidad jurídica.

Mientras Schmitt cree que el fundamento de la Constitución está ya asentado en el plano del ser, y en el plano de lo que se desea seguir siendo, Kelsen lo fía todo a aquello que se considera que *debe ser*. Aquél se fija en una identidad victoriosa surgida en el pasado; éste en la asunción colectiva de un deber que se proyecta hacia el futuro. Schmitt insiste en el factor de la legitimidad, en el valor de la decisión, y en el de la orden concreta como instrumento de dominio; Kelsen sobredimensiona la legalidad, los procedimientos y la aceptación de reglas formales como vehículo para la convivencia. De tales contraposiciones nacen, como se ha dicho gráficamente, los espacios de libertad (como libertad igual para todos), implícitos en la teoría *kelseniana*, y los de ausencia de ella, característicos de Schmitt⁽¹¹⁴⁾.

En el *haber* de Kelsen hay que apuntar, sin duda, el haber salvado los aspectos formales del Derecho de la caída en el desorden y el caos por el que los contenidos de éste se estaban precipitando. El *debe* es el que tantas veces se ha apuntado: el concebir la Ciencia del Derecho como una “geometría de la experiencia jurídica, que queda así reducida a forma huera y carente de entraña”, así como elevar a categoría científica un “*pathos* de ausencia de *pathos*”, que deja a la sociedad expuesta e inerme frente al fenómeno brutal del poder⁽¹¹⁵⁾.

La defensa del *Estado de partidos* y del parlamentarismo, que Kelsen realiza en su obra de 1920, *Esencia y valor de la Democracia*⁽¹¹⁶⁾, induce,

⁽¹¹⁴⁾ M. Dogliani, *Introduzione al Diritto Costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1994, p. 242.

⁽¹¹⁵⁾ Gerhard Leibholz, “La formazione dei concetti nel Diritto Pubblico”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* (1931), pp. 269 y ss.

⁽¹¹⁶⁾ Kelsen, *Esencia y valor de la Democracia*, México, Editora Nacional, 1980, en especial Cpts. II y III (“El Pueblo” y “El Parlamento”).

sin embargo, a tomar con cierta reserva semejante tipo de críticas. Un componente esencial de la democracia es también el respeto a las formas y a los procedimientos, un respeto cuyo significado es profundo. Aceptar la producción regular de normas, con independencia de su contenido (dentro de los límites establecidos en la Constitución), y comprometerse a acatarlas, significa, en efecto, que ya no existen enemigos *a priori*, puesto que también el Derecho producido por *los otros*, si lo es en condiciones regulares, se acepta como Derecho válido y vinculante.

La aportación de Rudolf Smend (1882-1975) recoloca la teoría constitucional en una corriente antipositivista cuyo influjo persiste hasta nuestros días. Frente a la celeberrima línea Gerber-Laband-Jellinek, con su punto de culminación en Kelsen, Smend puede ser presentado como la estación de partida de una nueva línea que se prolonga, sin solución de continuidad, hasta la influyente doctrina alemana contemporánea, ejemplificada en nombres como, entre otros, los de Hesse, Stern, Müller o Häberle⁽¹¹⁷⁾.

En polémica con la afirmación de Jellinek de que las fuerzas políticas reales se mueven según leyes propias que operan independientemente de todas las formas jurídicas⁽¹¹⁸⁾, Smend presenta una (llamada) “teoría de la integración”, que intenta demostrar el influjo recíproco entre fuerza real y forma jurídica⁽¹¹⁹⁾. Si Kelsen representa la apoteosis del Derecho y del Estado, identificados en la lógica trascendente de los hechos

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo jurídico en la República de Weimar...*, cit. nota 100, pp. 141-142.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 6: “El legislador se enfrenta con poderes que se cree llamado a dominar pero frecuentemente se alzan, plenamente inadvertidos, contra él atreviéndose incluso a sustituirle. Tales poderes no se arredran de ninguna manera ante las leyes más elevadas y profundas (...)”.

⁽¹¹⁹⁾ Ulderico Pomarici, “La teoría dell’integrazione in Rudolf Smend”, *Democrazia e Diritto*, XXII (1982), pp. 119 y ss.; cfr. también el punto de vista (sumamente crítico para con el autor alemán, por las concomitancias de la teoría de la integración con la literatura del fascismo) de Massimo La Torre, en “Patologías del comunitarismo. Rudolf Smend y la teoría de la integración”, Ponencia presentada al Simposio *Literatura y política en la época de Weimar*, organizado por la Universidad de Salamanca y celebrado en dicha ciudad del 9 al 11 de abril de 1997.

sociales, Smend reconstruye los conceptos de Estado y Constitución, sobre la base de los procesos vitalizadores e integradores que subyacen en ambos. A Kelsen se le escapa la realidad social incrustada en el Derecho, pero Smend descuida la capacidad normativizadora que tiene el Derecho para disciplinar la realidad social⁽¹²⁰⁾.

El antiPositivismo de Smend arranca de su propia concepción del Estado. Para él el Estado no es la mera asociación de todos aquellos que jurídicamente pertenecen al mismo, no “un fenómeno natural que deba ser simplemente constatado”, sino “una realización cultural que, como tal realidad de la vida del espíritu, es fluida, necesitada continuamente de renovación y desarrollo”⁽¹²¹⁾. La integración se presenta así como el proceso fundamental de la dinámica del Estado:

“El objeto de la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional es el Estado en cuanto parte de la realidad espiritual. Al ser partes de la realidad, las formas espirituales colectivas no constituyen sustancias estáticas, sino una unidad de sentido de realidad espiritual, esto es, actos espirituales. Lo que les caracteriza es un proceso de actualización funcional, de reproducción; dicho con más precisión, un continuo proceso de laboriosa configuración social (...). Únicamente en y a través de este proceso existen, o mejor, son realizadas nuevamente en cada instante aquellas formas colectivas”⁽¹²²⁾.

La Constitución, por su parte, “es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración”⁽¹²³⁾. Esta integración es tanto de carácter real, como personal y funcional. Smend presenta, pues,

⁽¹²⁰⁾ Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo*, cit. nota 100, pp. 175-176.

⁽¹²¹⁾ Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, cit. nota 95, p. 61.

⁽¹²²⁾ Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62.

⁽¹²³⁾ *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 132.

a la Constitución no sólo como una norma, sino como realidad, como “realidad integradora” o, lo que es lo mismo, como *ética constitucional*. La Constitución es disciplina jurídica (del proceso de integración) y, al mismo tiempo, realidad integradora, en la medida en que produce, por sí misma, integración.

“Lo que distingue a esta teoría de la Constitución de las teorías al uso –prosigue Smend, para resaltar la originalidad de su contribución– es que responde a un planteamiento de las ciencias del espíritu. Es lógico, por tanto, que se rechacen todas aquellas teorías que ven en la Constitución un aparato técnico y objetivo que actúa de forma mecánica (...). La teoría tampoco es compatible con una sustantivación de la Constitución que pretenda identificar Estado y Derecho, basándose en un prurito realista que, en el mejor de los casos, pertenece a épocas arcaicas”⁽¹²⁴⁾.

Las distancias también aparecen marcadas, y con especial énfasis, con respecto a la teoría de la Constitución como super-norma:

“(...) la naturaleza de la Constitución exige la toma en consideración de un objeto y una función constitucionales específicas (...). E implica, ante todo, el rechazo de la pretensión normológica de articular la Constitución como parte integrante e incluso como requisito imprescindible para la validez de cualquier ordenamiento jurídico. Esta concepción atacaría directamente el concepto propio de Constitución y, más aún, la dignidad de todo Derecho y de toda idea de Derecho”⁽¹²⁵⁾.

Pero lo más interesante, a nuestro juicio, de la aportación de Smend es el haber defendido que la interpretación constitucional exige una técnica peculiar y diferenciada de la utilizada en los restantes sectores del ordenamiento. Las constituciones, dice Smend, “contienen disposicio-

⁽¹²⁴⁾ *Constitución y Derecho Constitucional*, pp. 141-142.

⁽¹²⁵⁾ Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 135.

nes normativas cuya función estriba justamente en contraponer una sólida y firme barrera frente a las fuerzas sociales en perpetua ebullición”. Eso ocurre especialmente con los derechos fundamentales de la persona, con la positivización de normas generales de carácter supra-estatal y con el reconocimiento de los derechos de las minorías frente a la naturaleza unificadora del Estado, si bien —añade sorprendentemente Smend, revelando una concepción que hoy nadie compartiría— “esto no sucede con algunas constituciones, sobre todo en Estados democratizados”. En todo caso, concluye:

“Por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular supuestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del proceso integrador. Y es esta misma finalidad la que no sólo permite, sino que incluso exige del intérprete constitucional una interpretación extensiva y flexible, que difiere en gran medida de cualquier otra forma de interpretación jurídica”⁽¹²⁶⁾.

Estamos, en suma, ante una teoría cuyo esfuerzo por salvar al Derecho Constitucional, y al Derecho *tout court*, de su identificación con el poder, resulta notable. Pero se trata, al mismo tiempo, de una teoría cuyo sociologismo la hace en exceso evanescente y falta de concreción. Su problema es, quizá, el que corresponde al momento en el que fue publicada (1928): la obsesión por poner a resguardo la unidad del Estado en la época inaugural de un pluralismo disolvente y potencialmente destructivo. Desde sus profundas convicciones religiosas, el legado de Smend bien puede concretarse en su insistencia en las peculiaridades del Derecho Constitucional como Derecho de la integración; un Derecho, según él, más *sugerente* que *coactivo*, ante la ausencia (por entonces) de una instancia heterónoma capaz de suscitar acatamiento⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 133.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. la Introducción de Gustavo Zagrebelsky a la traducción italiana de *Constitución y Derecho Constitucional* (Milán, Giuffré, 1988), así como las citadas obras de Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo...*, especialmente, Cpt. II (“Rudolf Smend y la República de Weimar”) y Massimo La Torre (“Patologías del comunitarismo...”).

Hermann Heller (1891-1933) culmina la pléyade de autores del período *weimeriano* con una obra que aspira a superar, de una vez por todas, la escisión entre realidad social y orden jurídico, construyendo un concepto de Constitución que sirva como síntesis de ambos. Su contribución ha sido presentada como el mejor producto del pensamiento jurídico-político de la época, así como “la más sólida cimentación del modelo paradigmático de Constitución que se generalizará tras la caída de los fascismos europeos”⁽¹²⁸⁾.

El decisionismo y el normativismo avalorativo, pese a las diferencias que los separan, según hemos apuntado, son teorías que expulsan de su seno cualquier elemento de racionalidad y objetividad referido a los contenidos del propio Derecho, con lo que la función de éste, con respecto a las características de la sociedad en la que actúa, es algo que escapa por completo a las preocupaciones de tales teorías. La teoría de la integración, de Smend, es un primer filón a través del cual la teoría constitucional intenta resucitar el nexo entre sociedad civil y poder político, propio de la gran tradición iusnaturalista que alumbró al Estado constitucional en sus primeros pasos. Pero se trata todavía de un filón angosto, puesto que, una vez descrita la Constitución como disciplina del proceso de la integración, en absoluto se abandona el agnosticismo con respecto a los contenidos, los medios y los objetivos de dicha integración.

Heller abre de lleno la voluntad creadora de Derecho al influjo de principios jurídicos generales de contenido ético, que se erigen en presupuesto de la positividad del Derecho. Como dice Niemeyer, prologuista de la edición española de la obra capital de Heller, la *Teoría del Estado*, publicada con carácter póstumo en 1934: “de la misma manera que el que quiera hacerse entender ha de observar las reglas del lenguaje, quien aspire a mandar con carácter de permanencia, es decir, por las vías del Derecho, ha de hacerlo dentro de los contenidos jurídicos conocidos por los destinatarios de la norma, o sea por medio de una decisión sometida a los principios jurídicos válidos en el grupo social”⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Mario Dogliani, *Introduzione al Diritto Costituzionale*, cit. nota 114, p. 297.

⁽¹²⁹⁾ Gerhart Niemeyer, “Prólogo” a Hermann Heller, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 14.

Así pues, en Heller encontramos un rechazo frontal de la escisión irreductible entre el *sein* y el *sollen*, característica del pensamiento de Kelsen. El deber ser no es para él una categoría lógica, desconectada de la realidad, y racionalmente inaprensible, sino valor y exigencia ética que acompaña y se dirige a una conducta humana. “El problema del Estado y del Derecho –dirá Heller– es el de la unión de voluntad y norma, del ser con el deber ser”⁽¹³⁰⁾.

Heller defiende de manera resuelta la dignidad científica del sincretismo epistemológico: “puesto que el objeto de las ciencias del espíritu es en conjunto algo que viene dado (...), puede ser comprendido sólo gracias a un sincretismo metodológico. El imperialismo de un único método se muestra estéril en todas las ciencias del espíritu”. Y también: “Todo problema jurídico, sin excluir ninguno, radica, por debajo, en la sociología, y en lo alto en la esfera ético-política, y no es únicamente accesible a un análisis causal o a uno normativo, sino que requiere los dos”⁽¹³¹⁾. Unas observaciones en todo coincidentes a las realizadas por Triepel, en 1926, con ocasión de su célebre discurso de toma de posesión como rector de la Universidad de Berlín:

“El que se pueda estudiar el Derecho Público con tal exclusividad metódica –ironiza Triepel refiriéndose expresamente a Gerber, Laband y Kelsen– no ofrece duda. Sin embargo a costa, en último término, de un empobrecimiento de nuestra ciencia, que debe pagar verdaderamente cara la gloria de la pureza metódica. (...). El sincretismo metódico no es ningún crimen de lesa majestad (...). Las reglas del deber ser jurídico son siempre la expresión de valoraciones universales y se refieren según su sentido a objetos que han sido pensados como

⁽¹³⁰⁾ Hermann Heller, *Die Souveränität*, p. 77; *cf.* Enrique Gómez Arboleya, “Hermann Heller”, en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, cit. nota 17, pp.15 y ss.

⁽¹³¹⁾ Hermann Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milán, Giuffrè, 1987, *passim*; *cf.* Massimo La Torre, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y Derecho en la obra de Hermann Heller”, cit. nota 88, p. 26.

medio de realización de determinadas finalidades. Por consiguiente, uno no puede llegar de ningún modo a un conocimiento de las normas jurídicas sin formarse una idea de las relaciones finalistas de las que trata lo jurídico, de los intereses cuyo reconocimiento, desaprobación o coordinación constituye la primera tarea o –si se quiere– la condición previa del ordenamiento jurídico”⁽¹³²⁾.

El adversario científico de Heller no será, pues, Jellinek, el autor de la gran obra por entonces de referencia, con su tesis “de las dos orillas” para la aproximación al fenómeno estatal, sino el coetáneo del primero, Kelsen, quien había llevado hasta las últimas consecuencias la obsesión por la pureza metódica. La crítica fundamental que dirige a éste, y a su *Reine Staatslehre*, es la de ser “una Teoría del Estado sin Estado”.

Heller conecta el orden social con el Estado, entendido como organización, como forma social, con su doble carácter: histórico (el Estado es vida en decurso y movimiento, “vida en forma y forma que surge de la vida”) y cultural (la teoría del Estado es ciencia de la estructura de una determinada formación, la del Estado occidental de la era moderna). El paso que le interesa es el que lleva desde la “uniformidad del comportamiento social a la unidad de la acción colectiva”, un paso que se lleva a cabo mediante la actuación de los órganos del Estado:

“La tensión entre ser y deber ser no debe resolverse nunca unilateralmente, ni en favor de lo normativo, ni del lado de la realidad social (...). El establecimiento y aseguramiento de las reglas convencionales, v. gr. las normas de la decencia y urbanidad, resultan de la aceptación o reprobación de la opinión pública no organizada. En cambio el ordenamiento jurídico tiene a su disposición una organización especial a cuyos órganos in-

⁽¹³²⁾ Heinrich Triepel, *Derecho público y política*, Madrid, Cívitas, 1974, pp. 50-53.

cumbe la tarea específica de garantizar el nacimiento y mantenimiento del Derecho"⁽¹³³⁾.

Lo que Heller se plantea entonces es la cuestión de la finalidad de tal organización especial, dicho Estado, cuyos órganos crean y mantienen el Derecho ("La determinación de la función de sentido, inmanente, del Estado es de importancia decisiva para la comprensión del mismo en todos sus detalles. Sin una referencia a la función de sentido del Estado, todos los conceptos de la teoría del Estado y del Derecho Político aparecen vacíos de significado")⁽¹³⁴⁾.

En polémica con las corrientes irracionistas a la hora de buscar fundamento al ejercicio del poder político (Sorel, Pareto, Spengler y, especialmente, Schmitt), Heller acoge la justificación moral:

"La función de sentido del Estado, como la de todo fenómeno histórico, siempre está, ciertamente, referida a valores. Pero esta relación puede ser positiva o negativa. Cualquier banda de ladrones u organización de asesinatos tiene también un sentido comprensible. La cuestión de la consagración o justificación del Estado no puede, pues, resolverse con la simple consideración de su función comprensible"⁽¹³⁵⁾.

Tal es el punto crucial de la aportación de Heller. El poder del Estado alberga la pretensión de vincular, en tanto que autoridad legítima, las conciencias, también éticamente ("Al demostrar que, históricamente, ha prevalecido siempre el derecho del más fuerte, se cree haber demostrado también que siempre debe ser así (...). Olvidase que sólo existe una historia específica del hombre o de la cultura debido a que el hombre es esencialmente 'utópico', es decir, porque es capaz de contraponer

⁽¹³³⁾ Heller, *Teoría del Estado*, p. 203.

⁽¹³⁴⁾ Heller, *Teoría del Estado*, p. 221.

⁽¹³⁵⁾ Heller, *Teoría del Estado*, p. 234.

al ser un deber ser y valorar el poder actual según una idea del Derecho”⁽¹³⁶⁾. El Estado no vale entonces porque asegure la vigencia de un orden social cualquiera en un territorio, sino por la aspiración a realizar un orden justo. Así como el Estado sólo puede ser comprendido a partir de la realidad social, así también su legitimación únicamente puede provenir de “una realidad aprobada por la conciencia ética”, y sobre la base “de un criterio jurídico situado por encima del Estado y de su Derecho Positivo”:

“En una Teoría del Estado que tenga carácter de ciencia de la realidad hay que dar por admitido (...) que existen tales principios éticos del Derecho que forman la base de justificación del Estado y del Derecho Positivo”⁽¹³⁷⁾.

Estos principios, prosigue Heller, apoyándose en el artículo 38 de los Estatutos del Tribunal de la Haya con su mención a *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*, “constituyen el fundamento normativo no sólo del Derecho estatal, sino también del Derecho interestatal”, y “proporcionan sólo las directrices generales sobre cuya base debe establecerse el *status* jurídico entre los miembros de la comunidad jurídica”.

El hipotético conflicto entre los preceptos positivos y los deberes impuestos por principios éticos del Derecho, le da pie a Heller para embarcarse en interesantes consideraciones sobre la seguridad jurídica, la razón *de Estado* y la razón *de Derecho* (“Una bien entendida razón de Estado, no requiere (...), en modo alguno, la capitulación de la conciencia jurídica, y la admisión de un derecho de resistencia de carácter ético no nos lleva tampoco a la anarquía”)⁽¹³⁸⁾.

Como señala Massimo La Torre, se podría decir que el modelo del último Heller recuerda la construcción de Robert Alexy del Derecho a

⁽¹³⁶⁾ Heller, *Teoría del Estado*, pp. 238-239.

⁽¹³⁷⁾ Heller, *Teoría del Estado*, p. 242.

⁽¹³⁸⁾ Heller, *Teoría del Estado*, pp. 244-245.

dos niveles, un *Regel/Prinzipien Model* que aleja al sistema tanto de cualquier concepción angostamente iuspositivista, como de una de tipo decisionista⁽¹³⁹⁾. Conforme a dicho modelo, el sistema jurídico no consiste sólo en leyes, decretos o mandatos del soberano, sino que está colmado de otros aspectos, de principios, sobre todo. Estos, por su naturaleza, no pueden ser reducidos a elementos de una realidad meramente empírica, fáctica, sino que desempeñan una función de regulación ideal de la conducta, que remite a una actividad de ponderación entre alternativas distintas, realizable mediante el recurso a argumentos de racionalidad práctica.

“Sin esa apelación a los principios jurídicos, –dirá Heller al glosar uno de los conceptos de Constitución por él construido– incluso en los casos en que el legislador no se remite expresamente a ellos, no se pueden comprender ni interpretar ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del Derecho Constitucional. Pues nunca está comprendido todo el Derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos”⁽¹⁴⁰⁾.

Ahí radica el verdadero genio de Heller, un iuspublicista precursor en muchos de sus planteamientos –a él se debe la fórmula “Estado social”, hoy indiscutida– y del que Lucas Verdú afirma, con toda razón, que, a diferencia de Schmitt, “si hubiera vivido, hubiera sido un *vencedor convencido*”, así como que “sus ulteriores enseñanzas habrían contribuido (...) a iluminar la marcha y futuro del *ius publicum europeum*”⁽¹⁴¹⁾.

De menor interés nos parece, en cambio, la contribución de Heller relativa al concepto o, por mejor decir, a los conceptos, de Constitución. Como es sabido, Heller proporciona hasta cinco conceptos de Constitución: dos sociológicos, dos jurídico-materiales, y uno jurídico-formal⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁹⁾ Massimo La Torre, “Un jurista en el crepúsculo de Weimar...”, cit nota 88.

⁽¹⁴⁰⁾ Heller, *Teoría del Estado*, p. 276.

⁽¹⁴¹⁾ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1976, vol. I, p. 92.

⁽¹⁴²⁾ Hermann Heller, *Teoría del Estado*, Cpt. III. 5 (“La Constitución del Estado”, *passim*).

Los conceptos sociológicos se refieren a la Constitución como realidad social no regulada por normas (sociológico en sentido amplio), y a la Constitución como realidad social regida por normas extrajurídicas y jurídicas (sociológico en sentido estricto). A estos conceptos sociológicos se agregan, en perfecta simetría, otros tantos conceptos jurídico-materiales, que vienen a dar cuenta de la *autonomía* cobrada por las constituciones en el proceso de la experiencia histórica. El primero de ellos hace de la Constitución algo más o menos equivalente al concepto de ordenamiento jurídico (el conjunto de las normas del Estado); el segundo, más reducido, se refiere sólo a aquella parte del ordenamiento considerada como esencial, por ejemplo, la que asegura ciertos derechos individuales y la división de los poderes del Estado. Junto a estos dos conceptos jurídico-*materiales*, el elenco termina con un concepto jurídico-*formal* (la Constitución registrada en un documento escrito, en la que se incluye aquella parte del ordenamiento considerada como esencial). Heller reitera aquí las referencias a Lassalle (“en último extremo siempre se mantiene la verdad de la proposición de que la Constitución efectiva reside en las relaciones objetivas de poder”), si bien constata “la tendencia a armonizar, hasta donde sea posible, el texto constitucional escrito con la Constitución material en sentido estricto”, una tendencia que hace científicamente necesario el concepto de Constitución formal, “porque nunca puede darse una correspondencia perfecta entre la Constitución material y la formal”.

Detengámonos en esta última contraposición, con la que Heller culmina su empeño de esclarecimiento conceptual.

La expresión Constitución *material* es, como se ha dicho, una “fórmula multiuso para expresar la idea de *super-Constitución*”⁽¹⁴³⁾. Asentada sobre la constatación, bastante obvia, de que una Constitución no resulta comprensible si se la deslinda del específico contexto socio-temporal en el que aspira a regir, ha dado lugar a un sinfín de formulaciones cuyo denominador común es el intento de socavar los ideales del constitucionalismo, plasmados en el concepto liberal/revolucionario de

⁽¹⁴³⁾ Antonino Spadaro, *Contributo per una teoría della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 23.

Constitución. Con variantes muy distintas (el historicismo reaccionario, el sociologismo de impronta socialdemócrata, el decisionismo *schmittiano*, las tesis de un Smend o un Heller, recién recogidas, y el ordinamentalismo de Santi Romano), la idea es llevada a su más acabada expresión por un autor italiano, cuyo influjo, en el país transalpino, y entre nosotros, nunca ha dejado de sorprenderme.

Me refiero, claro está, a Costantino Mortati, y a su obra *La Costituzione in senso materiale*, publicada en 1940 (el “año XVIII del fascismo”, según consta en la primera edición). La Constitución material aparece allí definida como la “fuerza resultante de la organización de un grupo social que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmado”⁽¹⁴⁴⁾. En la edición posterior, aparecida ya en vigor la nueva Constitución republicana, la definición se matiza y se transforma en “organización de las fuerzas sociales establemente ordenadas en torno a un sistema de intereses y fines determinados”. Algo, como se ve, que difícilmente podría ser menos preciso en sus postulados, pero cuya potencialidad disolvente de la normatividad constitucional tampoco es desdeñable. Abandonada la Constitución formal a su suerte *sociológica*, despojada de su pretensión reguladora, y degradada en rango frente a la Constitución *efectiva*, que se hace equivaler, en nombre del realismo político, a las orientaciones (*indirizzi*) triunfantes, aquélla queda deslegitimada e inerte, si llega el caso de su quiebra.

Estamos ante una construcción que desatiende lo que la Constitución tiene de documento prospectivo, de proyecto conformador de una realidad política, una construcción que despoja a la Constitución de las notas, consustanciales a toda orden jurídica, de objetividad, normatividad y certeza. La Constitución *en sentido material* viene a culminar lo que había sido una constante del pensamiento jurídico desde que éste recibió el impacto de los saberes sociológicos, en una operación de búsqe-

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. Javier Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1987, vol. I, pp. 42 y ss.

da de los fundamentos *reales* del Derecho, que el iusnaturalismo racionalista o el romanticismo de la Escuela Histórica ya no proporcionaban.

La denuncia de los factores *ideales* inscritos en la Ciencia del Derecho trajo consigo una glorificación de lo subjetivo, con afirmaciones del tipo “la positividad del Derecho descansa siempre, en último extremo, en el convencimiento de su validez existente en la mayoría del pueblo”. Tal es lo que Max Weber llamaría el fundamento de la validez *empírica* o *sociológica* del Derecho (“la probabilidad por término medio de que los afectados por la disposición impuesta la consideren de hecho como válida para su comportamiento”), en contraste con la validez *ideal*, la del deber ser de la orden jurídica⁽¹⁴⁵⁾.

Indicar, como hizo Heller, que “la cúspide de la organización significa siempre el límite del aseguramiento coactivo organizado por el Derecho”⁽¹⁴⁶⁾, supone reproducir la aporía de los límites del poder supremo, pero se trata de algo que en absoluto afecta exclusivamente a la Constitución en tanto que cúspide. Cualquier norma, sea del rango que sea, es tributaria de la voluntad social de mantenerla viva.

Una constatación tan simple como la recién expuesta es el punto de partida de las teorías del reconocimiento, en sus diversas formulaciones; así, la preconizada por Adolf Merkel, quien habla de la “alianza de las prescripciones jurídicas con las fuerzas morales vivas de un pueblo”, para circunscribir el reconocimiento a los principios jurídicos fundamentales y no a todas y cada una de las reglas del sistema (teoría del reconocimiento general). El propio Merkel se refiere a las “estaciones de conexión”, imprescindibles para pasar desde la validez sociológica a la jurídica. Esas “estaciones de conexión” son los tribunales, “instrumentos de la vigencia del espíritu de la época”⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 253.

⁽¹⁴⁶⁾ Heller, *Teoría del Estado*, p. 288.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. Hans Welzel, “El problema de la validez del Derecho (Una cuestión límite del Derecho)”, en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1961, pp. 72 y ss.

La teoría del reconocimiento recibirá sucesivas formulaciones de la mano de la filosofía analítica de Hart, o a partir de planteamientos más actuales, como el de la “moral institucional”, a los que más abajo nos referiremos. En todo caso, desde el grado de desarrollo alcanzado por el Derecho Constitucional hasta nuestros días, baste por ahora con señalar la inconsistencia de las tesis de la Constitución material. Como dice Jiménez Campo, “no Constitución formal frente a Constitución material, sino escuetamente Constitución, que es configuración de la realidad”. Y concluye:

“Constitución con ambición de realizarse, porque en ella está –o debería estar– la autoconciencia histórica de un pueblo y, por lo mismo, la expresión sintética de esa filosofía práctica que fue siempre, ya en sus orígenes, el constitucionalismo, la filosofía que quiso dar forma al deseo y a la voluntad de guiar racionalmente la propia historia”⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ Javier Jiménez Campo, “Contra la Constitución material”, cit. nota 144, p. 54.

MIGUEL REVENGA

CAPÍTULO V
TRAS LAS CENIZAS DE LA GUERRA,
LA RECONSTRUCCIÓN. EL RETORNO
DEL CONSTITUCIONALISMO

I. PRELIMINAR

En un trabajo publicado poco después de la conclusión del juicio de Nuremberg, Herbert Wechsler terminaba su análisis de las decisiones allí adoptadas, rebatiendo el argumento de que el Tribunal formado por los aliados había administrado una justicia de vencedores y, por lo mismo, parcial e imbuida del deseo de aplicar una revancha política. Para el autor de la teoría de los “principios neutrales” en la interpretación del Derecho Constitucional, el juicio de Nuremberg, en mayor medida aún que la Carta de San Francisco, había representado, por el contrario, la asunción solemne de una obligación: la de edificar un sistema de Derecho justo, aplicable a todos y con instituciones lo suficientemente fuertes como para llevarlo a efecto. “Si culminamos con éxito esa gran tarea, –concluía Wechsler– y ninguna nación puede hacerlo por sí sola, Nuremberg pasará a la historia como la piedra angular de la casa de la paz. Pero si fracasamos, habremos de escuchar, de boca de la Alemania devastada, que el juicio de Nuremberg ha sido un segundo trágala (*diktat*) como el de Versalles. Y me temo –añadía–

que, no obstante la bondad de nuestras intenciones, nos habremos quedado faltos de respuesta”⁽¹⁴⁹⁾.

El sistema de Derecho justo a escala planetaria, y la disposición de instituciones con efectiva capacidad de asegurar la salvaguarda del mismo, continúa siendo, al paso de los años, la gran utopía pendiente de realización. Pero, quizá por vez primera en la historia, aparecen ante nuestros ojos signos de una racionalidad global y unificante que pugna decididamente por avanzar en la única dirección compatible con el logro de dicho ideal utópico. El retorno del constitucionalismo tiene así lugar en condiciones muy distintas a las de la época de las revoluciones burguesas. No en el seno de unidades estatales cerradas y autorreferenciales, con escasa comunicación entre ellas, sino en un universo político comunicado e interdependiente, concienciado sobre su destino, y con posibilidad de expresarse como tal a través de organizaciones que pugnan por ser cada vez más operativas.

El viejo Estado-Nación, surgido en el Renacimiento, está perdiendo, a ojos vista, su condición de referente único de la actividad política; y el constitucionalismo, como ideología de la libertad y emancipación de los seres humanos, afronta nuevos y apasionantes retos. Por lo pronto, el de eludir el riesgo de que lo que ha dado en llamarse *ideología de la Constitución* sea una mera cobertura en lo ideológico, y una mera formalización en lo jurídico, de un neoliberalismo convertido, tras la caída del muro de Berlín, en el genuino dios constitucional. La globalización no supone “el final de la historia”, ni la plasmación del viejo mito redivivo del “reino feliz de los tiempos finales”. Muy al contrario, es tarea del constitucionalismo, en la hora presente, reactivar en toda su potencia, y a la luz de la experiencia acumulada, el motor utópico que le impulsó a presentar como “verdades evidentes” los derechos

⁽¹⁴⁹⁾ Herbert Wechsler, “The Issues of the Nuremberg Trial” (1946), recogido ahora en *Principles, Politics and Fundamental Law. Selected Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 1961, pp.138 y ss.

del ser humano y a inscribir en sus señas de identidad el gran tríptico de ideales de la Revolución francesa, libertad-igualdad-fraternidad⁽¹⁵⁰⁾.

Si algún elemento común puede encontrarse en el constitucionalismo de la posguerra, tal es, sin lugar a dudas, la reconstrucción de la idea de Constitución en torno a un núcleo representado por la defensa de los derechos fundamentales y el principio democrático frente a la negación de ambos por los regímenes totalitarios del Eje⁽¹⁵¹⁾. El antifascismo es el verdadero rasgo genético de un constitucionalismo *policy-oriented* (como cualquier otro), pero marcado antes por la terrible experiencia de los campos de concentración del nazismo, que por la impronta borrosa de las Declaraciones de Derechos de la “era de las Revoluciones”.

Un *ethos* combativo en defensa de democracia, una “cultura de los derechos fundamentales”, según la conocida expresión de Häberle⁽¹⁵²⁾, exigía un nuevo lenguaje constitucional, una “lengua de los derechos” dispuesta para expresar, sobre bases nuevas, el potencial libertador del constitucionalismo, considerablemente menguado a lo largo del decurso histórico del Estado Constitucional.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. el reciente trabajo de Peter Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Madrid, Trotta, 1998. Tomo la expresión “ideología de la Constitución”, una especie de traslación a nuestro terreno del modelo de “pensamiento único”, de los trabajos de Pedro de Vega, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, 100 (1998), pp. 13 y ss., así como “El tránsito del Positivismo jurídico al Positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 1 (1998), pp. 65 y ss. Sobre la cuestión puede verse también el artículo de Antonio Aguilera Fernández, “Derecho Constitucional y ‘Derecha divina’”, *Leviatán*, 70 (1997), pp. 5 y ss.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. Luis López Guerra, “Las constituciones europeas en el momento actual”, “Introducción” a *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, ed. de Germán Gómez Orfanel, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

⁽¹⁵²⁾ Peter Häberle, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1 (1993), pp. 149 y ss.

El proceso de merma de dicho potencial, bajo el estatalismo de signo iuspositivista, culminó en su desactivación más burda, y eso precisamente allí, en la Alemania *weimeriana*, donde los presupuestos formales de la democracia liberal habían alcanzado su expresión más sofisticada, frente a la alternativa del bolchevismo. Pocos trabajos de teoría constitucional supieron ver con tanta lucidez lo que estaba acaeciendo, como el que escribiera Gerhard Leibholz en el fatídico año 1933, publicado con el significativo título *La disolución de la democracia liberal en Alemania y la forma de Estado autoritaria*⁽¹⁵³⁾.

La tesis básica de dicho trabajo es que los valores, primero cristianos, y más tarde secularizados, que habían proveído a la democracia parlamentaria de los fundamentos conceptuales y metafísicos implícitos en ella, se habían visto sometidos a un progresivo proceso de relativización, que había acabado por privar a aquélla de su propio mito y de su propia sustancia. En polémica con las concepciones de Kelsen, y profundizando en un par de trabajos publicados por él mismo poco antes (“Las tendencias actuales de la doctrina del Derecho Público en Alemania”, y el ya citado aquí: “La formación de los conceptos en el Derecho Público”), Leibholz denuncia los males del relativismo y del Positivismo como factores que coadyuvan a la pérdida de un mínimo de referentes valorativos, situando al sistema democrático, a causa de su disposición sustancialmente neutral, “en actitud inerme y suicida frente los movimientos antiliberales y antiparlamentarios”⁽¹⁵⁴⁾.

Sobre la base de la idea de que la asociación histórica entre democracia y liberalismo no tiene un carácter de necesidad ineluctable, Leibholz acabará propugnando para aquélla una fundamentación específica en valores y creencias, sugerencia que hará plenamente suya la Ley Fundamental de 1949, con sus concepciones de democracia *militante* y democracia *de valores* (*streitbare demokratie*, *Wehrhaftedemokratie*). Como afirmó el Tribunal Constitucional alemán, en su célebre sentencia de 1956, en la que decretó la inconstitucionalidad del Partido

⁽¹⁵³⁾ Gerhard Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Milán, Giuffrè, 1996.

⁽¹⁵⁴⁾ Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale...*, p. 49.

Comunista, “el artículo 21.2 de la Ley Fundamental expresa una consciente voluntad constitucional de resolver un problema límite del orden estatal liberal-democrático, y es resultado de las experiencias de un poder constituyente que en una determinada situación histórica *creyó no poder permitir ya que se realizara de forma pura el principio de la neutralidad del Estado*, reconocimiento de una democracia militante en este sentido”⁽¹⁵⁵⁾.

Frente al escepticismo de Settembrini, el personaje de *La Montaña mágica*, de Thomas Mann, el constitucionalismo de la segunda posguerra bien podría suscribir las opiniones del co-protagonista de la obra, Naphta, cuando, polemizando con aquél, afirma:

“Querido amigo, el conocimiento puro no existe. La legitimidad del concepto religioso del conocimiento, que puede resumirse con las palabras de San Agustín ‘creo a fin de conocer’, es absolutamente indudable. La fe es el órgano del conocimiento; el intelecto es secundario. Vuestra ciencia sin premisa es un mito. Hay siempre una fe, una concepción del mundo, una idea; en una palabra, una voluntad, y atañe a la Razón el interpretar y el demostrar, siempre y en todos los casos. Se trata de llegar al quod erat demonstrandum”⁽¹⁵⁶⁾.

El *quod erat demonstrandum* del constitucionalismo de nuestros días es la superioridad ética de la democracia como forma de gobierno, una democracia definida no sólo por la limpieza de las reglas procedimentales para la designación de los representantes, sino también, y sobre todo, por la fundamentación de todo el sistema sobre la premisa antropológico-cultural de la dignidad de la persona. Con el fin de salvaguardar dicha premisa, un constitucionalismo avisado, como el actual, ha acabado por

⁽¹⁵⁵⁾ Sentencia de 17 de agosto de 1956 (BVerfGE 5, 85); *cf.* Ignacio de Otto, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 22 y ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Thomas Mann, *La Montaña Mágica*, Barcelona, Plaza y Janés, 1989, p. 419.

conferir un sesgo radicalmente novedoso a técnicas jurídico-constitucionales que sólo en parte pueden considerarse inéditas: unos valores y unos principios que se preconizan, unos derechos que se garantizan, y un diseño institucional y organizativo congruente con ambos.

Valores, derechos e instituciones –las tradicionales partes *dogmática* y *orgánica* del texto constitucional– se implican recíprocamente. Las solemnes proclamas dogmáticas, características de lo que hemos llamado el momento del auge constitucional, han sido sustituidas en el constitucionalismo de nuestros días por un lenguaje más sobrio, un lenguaje adecuado para expresar en términos normativos las grandes decisiones de principio, dotando de efectividad a un determinado orden axiológico o sistema de valores.

Tal *estimativa* constitucional viene emplazada allí donde se trata de establecer los fundamentos del sistema, con el preciso objetivo de situarla en disposición de ejercer un influjo irradiante sobre la totalidad del ordenamiento. Con respecto a éste, la estimativa constitucional actúa, pues, como un gran parámetro que combina elementos de indeterminación y elementos de concreción; y es también una guía sugerente a cuya luz puede observarse el contenido de cualquier norma, con independencia de su rango, fundamentando un juicio de concordancia o de discordancia entre aquella estimativa y la norma en cuestión.

El Derecho de la Constitución se plantea así como tarea el progreso de la tendencia a los valores o, dicho en otros términos, se erige en defensor del orden social de los valores⁽¹⁵⁷⁾. Éstos, como afirma Tomás y Valiente, y los principios constitucionalizados, no son “música celestial”, sino normas positivas vinculantes para el intérprete, y portadoras de lo que Peces Barba –otro pionero en el tratamiento de la cuestión entre nosotros– llama la “moralidad crítica”⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr., *in extenso*, el trabajo pionero de Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y Política constitucionales*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984, *passim*.

⁽¹⁵⁸⁾ Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 34 y ss. La referencia a Tomás y Valiente lo es a su trabajo “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 635 y ss.

Pero lo que nos interesa destacar es que esta (relativamente) novedosa faceta del constitucionalismo, su fundamentación en valores y en principios que participan en plenitud de la fuerza normativa de la Constitución, parece haber trastocado no ya las construcciones tradicionales de quienes en el pasado hicieron del Derecho Público su campo de estudio, sino las de la Ciencia del Derecho *tout court*. La positivización de los principios y los derechos, junto a la consolidación del control de constitucionalidad de las leyes, como expedientes *nuevos* al servicio de ideales *viejos*, aunque actualizados y quizás cada vez más exigentes, han dado un giro considerable a los *topoi* propios del Derecho Constitucional.

El problema de la interpretación de la Constitución, los que se derivan de la posición de la justicia constitucional y el valor de sus decisiones y, por encima de todo, el que plantea una Constitución de las características actuales como fundamento del sistema, son cuestiones que se sitúan ahora en el centro de la reflexión.

II. MORAL INSTITUCIONAL Y PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Comenzando por la última de las cuestiones anotadas, la de alcance más genérico, parece fuera de toda duda que el constitucionalismo de nuestros días replantea el *viejo* problema de las relaciones entre Constitución y sociedad sobre bases más sofisticadas de lo que lo hacía el constitucionalismo *mesiánico* de la era de las revoluciones. *Mesiánico* en el sentido de que fiaba su capacidad de influencia sobre las relaciones sociales en el mero hecho (taumatúrgico) de la existencia del documento. Por eso era un constitucionalismo de proclamas, de proclamas en su mayor parte no cumplidas. Por su parte, el constitucionalismo moderado que impera en la Europa del XIX, es un constitucionalismo desentendido de la sociedad, un constitucionalismo que arroja como resultado la glorificación del Estado, y el *blindaje* frente a la sociedad del ámbito de lo jurídico.

En contraste, la relación entre Constitución y sociedad se plantea hoy (por decirlo con el término que tanto gusta utilizar a los anglosajones) como *feedback*, es decir, como una relación de *retroalimentación* o influencia recíproca, de manera que los enunciados sustan-

ciales del texto constitucional se van llenando de significado mediante la implementación de los mismos por los agentes sociales y/u operadores jurídicos. Esto podría considerarse como algo ya contemplado en la teoría *smendiana* de la integración, o bien en la (por nosotros denostada) tesis de la Constitución material. Pero, como ocurre siempre que construimos teorías, son los matices lo que importan.

No se trata de que la Constitución sea lo que los jueces, o los legisladores, o los ciudadanos, o quien quiera que sea, digan que es. El orden constitucional tampoco es un mero referente institucional dispuesto para incentivar los procesos de identificación de una sociedad consigo misma, ni se trata del resultado indeterminado, pero determinable, a través de la interrelación de las fuerzas políticas actuantes en un cierto tiempo.

La Constitución genuinamente democrática es, en nuestros días, una Constitución dirigente; dirigente no por la predeterminación rígida de objetivos políticos (lo que *puede* y, como muestra la experiencia de constituciones bien próximas a la nuestra, *suele*, abocar a un conflicto entre voluntad constituyente y voluntad de las mudables mayorías constituidas a lo largo del tiempo), sino dirigente en el sentido de dotada de efectividad normativa. Esta efectividad se alcanza a través del despliegue del proceso político de manera conforme a los cauces previstos en la Constitución (Constitución “de procedimientos”). Y *se conquista* mediante el proceso de adaptación jurídica (y la consecuente realización social) de las disposiciones sustanciales –valores, principios, derechos– de la Constitución.

La Constitución recoge enunciados normativos, cuyo grado de concreción varía en proporción inversa al margen de que dispone el legislador para objetivar tales enunciados. Y una vez objetivados, su proceso aplicativo se traduce en una subjetivización dialéctica de los mismos (confrontación aplicativa y, en su caso, jurisdiccional en sus distintos niveles, intra y supra nacional), que contribuye decisivamente a precisar/concretar el contenido del enunciado constitucional.

Una regulación constitucional “lograda” será aquella, en suma, cuya elasticidad no vaya en menoscabo de su intensidad prescriptiva; o, dicho de otro modo, una Constitución que no llegue a ser percibida ni

como una rémora, desde el punto de vista de la fluidez del cambio social, ni como la mera formalización, confusa y estéril, de una inaprensible realidad política.

En tales condiciones, la Constitución se presenta no tanto como el producto de una férrea voluntad constituyente, entendida como polo fijo o baluarte de certeza, sino (por decirlo en los ya evocados términos de Niklas Luhmann) como una “conquista evolutiva”⁽¹⁵⁹⁾. Para la descripción del decurso constitucional, resulta más operativa la imagen de la Constitución como un centro de convergencia o polo de gravitación del pluralismo político-social, que la imagen de la misma como el punto de partida de un sendero jurídico-político trazado de antemano.

Tras la época de las grandes construcciones doctrinales, en la que la búsqueda de un concepto satisfactorio de Constitución se resolvía en la yuxtaposición de conceptos parciales, los constitucionalistas acusamos hoy mayores dosis de escepticismo teórico. El Derecho Constitucional ha dejado de *atormentarse* con las recurrentes dualidades que le han acompañado siempre (lo formal-jurídico frente a lo real-social, el poder constituyente estático frente al poder constituido dinámico), de manera que parece haberse convertido, dicho sea sin matiz peyorativo alguno, en una ciencia mucho más práctica. Parafraseando a Konrad Hesse, podría decirse que no nos importa tanto *el concepto* como *la cualidad* de la Constitución.

Claro que el que la Constitución pueda desplegar sus cualidades es algo que está condicionado por el concepto que se sustente de la misma en el momento de establecer el texto, así como de la adecuación de éste a las necesidades políticas y sociales, y su consiguiente capacidad para suscitar un pacto de acatamiento perdurable en el tiempo. En la misma

⁽¹⁵⁹⁾ Niklas Luhmann, “La costituzione come conquista evolutiva”, cit. nota 31, pp. 83 y ss; más recientemente, pueden verse las reflexiones en torno a la misma idea de Antonino Spadaro, “Dalla Costituzione come *atto* (puntuale nel tempo) alla Costituzione come *processo* (storico). Ovvero della continua *evoluzione* del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, *Quaderni Costituzionali*, 3 (1998), pp. 343 y ss.

medida en que la Constitución *constituye* a la sociedad, y se estabiliza como forma política de la unidad social⁽¹⁶⁰⁾, su efectividad demanda un compromiso de reconocimiento. Y de dicho compromiso, sustentado sobre un *ethos* constitucional ampliamente compartido y renovado de continuo, depende, en último extremo, la supervivencia de una Constitución que se asienta en la soberanía popular, axiológicamente fundada, y que se pretende normativa.

En 1934, Karl Llewellyn, una de las figuras señeras del llamado realismo jurídico norteamericano, reclamaba una nueva teoría constitucional que diera cuenta del carácter de la Constitución no como un documento, sino como una institución:

“una Constitución es, en cierto modo, una peculiar institución en cuyo seno se desenvuelve el modo habitual de comportamiento de un gran número de personas, por no decir la casi totalidad de la población. Si, como ocurre con la nuestra, se trata de una Constitución firmemente asentada, (...) no sólo lleva dentro de sí modelos habituales de conducta (o de inhibición) de las personas, sino que incluye también pautas emocionales y de pensamiento, es decir, actitudes perfectamente predecibles con respecto al símbolo verbal ‘Constitución’, y con respecto a cualquiera que se atreva a oponerse a ella”⁽¹⁶¹⁾.

Una reconstrucción teórica de tal naturaleza –prosigue Llewellyn en su inglés farragoso– capaz de presentar la Constitución no como el Documento, sino como la institución dotada de vida, aunque histórica y genéticamente condicionada por éste, “permitiría explicar de forma

⁽¹⁶⁰⁾ En este aspecto de la Constitución como norma constitutiva de un proyecto de vida en común insiste Garrorena Morales en la Primera tesis de su ensayo “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51 (1997), pp. 37 y ss.

⁽¹⁶¹⁾ Karl Llewellyn, “The Constitution as an Institution”, *Columbia Law Review*, XXXIV (1934), pp. 2 y ss.

clara los hechos y las razones que llevaron al Tribunal Supremo a adoptar sus decisiones más erráticas” (*would make clear both the fact of and the reasons for the major vagaries of the Court’s action*).

Es probable (pues el autor en absoluto lo dice) que, al escribir las líneas que anteceden, Llewellyn pudiera tener *in mente* la que pasa por ser la más desacertada decisión del Tribunal Supremo norteamericano de todos los tiempos: la del caso *Dred Scott*, en la que, entre otras cosas, el Juez Taney sostuvo que el Congreso no estaba legitimado para dar paso alguno encaminado a la abolición de la esclavitud⁽¹⁶²⁾.

Dred Scott es el fantasma que airean los antipositivistas y antirrealistas de toda laya y condición para denunciar la inconsistencia del célebre aforismo, atribuído al *chief justice* Hughes “vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”⁽¹⁶³⁾. Un postulado que, al menos en materia constitucional, no admite, por la lógica de las cosas, la posibilidad de decisiones judiciales equivocadas.

En contra de un escepticismo tan descarnado se alzan aquellas teorías que defienden la incorporación a la Constitución de una moral bajo cuyo rasero resulta posible valorar lo acertado o desacertado de la hermenéutica constitucional; así ocurre con la teoría de la *moral institucional* formulada por Dworkin, y desarrollada, con matices diferenciales, por MacCormick.

Dworkin insiste en el valor fundamental de unos derechos implícitos (*background rights*), que devienen operativos a través de su plasmación en una moral institucional:

“Nuestro sistema constitucional –resume Dworkin– se funda en una concreta teoría moral, señaladamente, en la idea de que los individuos son titulares de derechos

⁽¹⁶²⁾ *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 Howard), 393 (1857)

⁽¹⁶³⁾ La frase, según Robert Bork, fue pronunciada en un discurso que Hughes dio en Elmira (Nueva York), el 3 de mayo de 1907; Cfr. *The Tempting of America. The Political seduction of the Law*, Nueva York, Simon and Schuster, 1990, Cpt. VIII (“Objections to Original Understanding”).

morales frente al Estado. Las cláusulas difíciles de la declaración de derechos, como por ejemplo la del proceso debido, o la de la igual protección frente a la ley, han de ser así entendidas como una apelación a conceptos morales, antes que como la expresión de concepciones concretas; de ahí que cualquier tribunal que asuma la carga de aplicar tales cláusulas, extrayendo plenamente de ellas las consecuencias jurídicas, tiene que ser por fuerza un tribunal activista, en el sentido de que ha de estar preparado para plantearse, y resolver, problemas de moralidad política”⁽¹⁶⁴⁾.

La filosofía jurídica de Dworkin es, como se ha dicho, una filosofía incómoda, debido a que pone en cuestión el presupuesto, bien arraigado en nuestra mentalidad de juristas, de la separación del derecho y la moral⁽¹⁶⁵⁾. Algo que, a poco positivista que se sea, –y todos cuantos nos hemos formado “a golpe de Código”, aún faltándonos Constitución, lo somos en mayor o menor medida– no deja de suscitar nos reparos. De ahí que, en la producción doctrinal de nuestros días, haya pocas obras más discutidas (e influyentes) que *Los derechos en serio*, como consecuencia de la radicalidad de sus postulados centrales: la presentación del Estado y el orden jurídico como meros instrumentos al servicio de la garantía de derechos, y la defensa del *derecho a triunfar* de los derechos individuales frente al bienestar colectivo o las decisiones de la mayoría.

De la obra de Dworkin se ha dicho que representa un mero *aggiornamento* del iusnaturalismo constitucional propio de la tradición norteamericana⁽¹⁶⁶⁾ y, por lo mismo, inadecuada para ser transpuesta mecáni-

⁽¹⁶⁴⁾ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 147.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. Albert Calsamiglia, “¿Por qué es importante Dworkin?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2 (1985), pp. 159 y ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. Giorgio Rebuffa, “Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, X (1980), pp. 212 y ss.

camente a nuestro Derecho de (rancia) impronta continental⁽¹⁶⁷⁾. Pero, sea como fuere, el autor angloamericano ha sabido, como nadie, atraer la atención sobre las peculiaridades de un estilo argumentativo en el que la norma positiva, lejos de excluir, reclama el planteamiento de dilemas sobre principios fundamentales. Así sucede con mucha frecuencia en el ámbito del Derecho Constitucional, a uno y a otro lado del Atlántico, por más que ello pueda ser motivo de descontento para los entusiastas de la certeza del Derecho.

Cercanas a las premisas de Dworkin, aunque desde presupuestos rigurosamente positivistas, se hallan las ideas expuestas por Neil MacCormick, en diálogo con aquél:

“Allí donde hay Derecho Constitucional –dice MacCormick– tiene que existir también teoría constitucional; y la teoría constitucional ha de basarse necesariamente en una visión del Estado constitucional como Estado que aspira a ser un ordenamiento moral”⁽¹⁶⁸⁾.

MacCormick se proclama heredero de una tradición doctrinal que explica la Constitución británica *al estilo Dworkin*; así, por ejemplo, Dicey y su exposición del sistema constitucional sobre la base de dos principios: la soberanía del Parlamento y la *rule of law*, de cuyo contenido son parte fundamental unos derechos que, conforme son interpretados y defendidos por los Tribunales, son la fuente, y no la consecuencia, de la Constitución. Así también John Austin, para quien el Derecho Constitucional es, en gran medida, “moral positiva”, asentada en cos-

⁽¹⁶⁷⁾ No hay que olvidar que el propio Dworkin presenta la evolución del sistema constitucional norteamericano como una paulatina plasmación de los ideales inscritos en la Constitución.

⁽¹⁶⁸⁾ N. MacCormick, “La morale istituzionale e la costituzione”, en N. MacCormick y O. Weinberger, *Il diritto come istituzione (a cura di Massimo La Torre)*, Bolonia, Seminario Giuridico della Università di Bologna, 1992, pp. 213.

tumbres y usos de cuya repetición mecánica depende la propia supervivencia de la Constitución⁽¹⁶⁹⁾.

Tal es el punto de vista abrazado por MacCormick, al defender el valor de la costumbre como “un producto de la razón práctica de los seres humanos aplicada a la necesidad de asegurar un marco estable para la convivencia”. El consenso básico sobre las reglas del juego constitucionales tendría así por objeto un valor bien simple y general: el valor de la convivencia ordenada frente al caos, y la “moral institucional”, descrita por Dworkin, resultaría, en definitiva, según el autor que ahora glosamos, un meritorio intento de exponer esa racionalidad práctica como un conjunto articulado de principios.

Se compartan o no las ideas de Dworkin sobre el peso de los derechos, sobre el Juez *hercúleo*, o sobre la “única respuesta correcta”⁽¹⁷⁰⁾, hoy está fuera de duda que la teoría jurídica tradicional hace aguas por todas partes a la hora de explicar el significado de la vinculación de los poderes públicos (y de los ciudadanos) a la Constitución. Empleo ahora los términos “teoría tradicional” de manera imprecisa y seguramente inaceptable para cualquiera que se halle mínimamente familiarizado con los entresijos de la filosofía jurídica⁽¹⁷¹⁾.

La llamo “tradicional”, porque ella fue la que marcó la pauta de los momentos iniciales de la formación como juristas de las personas de mi

⁽¹⁶⁹⁾ John Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, Cpt. VI, y su opúsculo de 1859, menos conocido, *Plea for the Constitution*; cfr. MacCormick, “La morale istituzionale...”, cit.

⁽¹⁷⁰⁾ Sobre esto último, se lee con gusto el diálogo epistolar mantenido por Alejandro Nieto y Tomás Ramón Fernández, aquél tan iconoclasta y heterodoxo como de costumbre, publicado bajo el título *El Derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998. Las tesis de Alejandro Nieto sobre la falacia de la “única respuesta correcta”, han sido desarrolladas *in extenso* en su reciente (y ambicioso) libro *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁽¹⁷¹⁾ En la doctrina norteamericana dicha doctrina “tradicional” se correspondería con el allí llamado *Classical legal thought*, el paradigma teórico que hizo crisis durante los años 30 del pasado siglo, de forma paralela a la implantación del *New deal*. Tal crisis está muy bien descrita en la monografía de José Ignacio Solar Cayón, *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2002.

generación. Lo que estudiábamos entonces era un derecho sin Constitución, un derecho plagado de brocardos con algunos siglos de existencia, en el que se pasaba como sobre ascuas por el momento de la creación de las normas, y en el que éstas, sobre todo si estaban encerradas en un Código, se nos aparecían como el armazón de un sistema no ya coherente, sistemático y completo –como repetían los entusiastas de la exégesis– sino además razonable y seguro. *Razonable* no porque fuera compatible con la única razón que hoy nos parece que puede sustentar la convivencia, la razón democrática, sino por su cartesianismo, en tanto que sistema. Y *seguro* no porque pusiera a los ciudadanos a resguardo de las arbitrariedades del poder, sino porque venía considerado como fuente de toda certeza por el mero hecho de su publicación en el *BOE*. Un Derecho, en suma, que orillaba la cuestión de la legitimidad, que ensalzaba el Derecho legislado, y que (probablemente de buena fe) continuaba creyendo en el valor del silogismo como sustento lógico de la correcta aplicación del Derecho.

Naturalmente, se trata de una visión del pasado groseramente esquemática y un tanto esperpéntica, lo que no hace justicia a aquellos profesores que acostumbraban a elevar el vuelo por encima de las certezas del *ius positum* y su dogmática, un vuelo, por cierto, no siempre realizado en nombre de la razón democrática.

Sea como fuere, en un ambiente jurídico de tales características, sobre todo y antes que cualquier cosa, legicentrista y celoso guardián de unas tradiciones romano-canónicas-continenciales, no es exagerado aplicar a la entrada en vigor de una Constitución autoproclamada vinculante, y con vocación fundadora, el dicho “como elefante por cacharrería”.

Nunca dejaré uno de admirar qué singulares circunstancias de concordia política y finura intelectual hubieron de concurrir como para que, en el espacio de pocos meses, nuestra secular e indiscutida cultura de código comenzara a experimentar el impacto de una ambiciosa cultura constitucional que necesariamente había de remover, para imponerse, muchos de los viejos cimientos. Aquí no se hizo honor a Lampedusa. Hubo un giro copernicano que transformó efectivamente nuestra práctica y nuestra cultura del Derecho. Ello demuestra, dicho sea de paso, que quizá no era tan *rancio* el clima docente de la Universidad en la que

nos formamos desde mediados de los años 70, ni tan acusado el déficit crítico que creíamos percibir. De otro modo, no hubiera sido posible el fecundo debate doctrinal inmediato a la entrada en vigor de la Constitución⁽¹⁷²⁾, ni se habría hecho realidad, con tanta prontitud, la existencia de un Tribunal Constitucional⁽¹⁷³⁾.

Si atendemos a esa *revolución* en los supuestos de partida, y nos fijamos en una práctica jurídica que cada vez tiene menos que ver con las tranquilizantes certezas de un Derecho escrito, dotado de precisión en sus enunciados normativos, y emanado de un único centro de imputación, resulta tanto más sorprendente comprobar las resistencias que todavía suscitan las teorías que pretenden dar cuenta de la nueva realidad. Así ha sucedido, de manera paradigmática, con un libro cuya lectura incita a un cuestionamiento radical de los hábitos mentales con los que solemos aproximarnos al fenómeno jurídico. Me refiero al *Diritto*

⁽¹⁷²⁾ Estoy pensando en mis primeras lecturas sistemáticas sobre el conjunto del texto constitucional: los dos volúmenes publicados por la UNED, en 1978, bajo el título *Lecturas sobre la Constitución española*, el dirigido por Manuel Ramírez, *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1979 y, sobre todo, el libro dirigido por Predieri y García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, Cívitas, 1980.

⁽¹⁷³⁾ La primera resolución de fondo del Tribunal Constitucional es un Auto, el 1/1980, datado el 11 de agosto. El actor desistió de su pretensión (el cobro de una pensión de jubilación como miembro del extinto Cuerpo republicano de Seguridad y Asalto) al haber obtenido satisfacción extraprocésal de la misma. De todos modos, denota la confianza desmedida depositada por el actor en el Tribunal el hecho de que su demanda incurriera en causa de inadmisión por carecer de dirección letrada y representación procesal. Hasta el mismo momento de escribir estas líneas, no habíamos reparado en que la recopilación de la jurisprudencia constitucional copatrocinada por el propio Tribunal Constitucional y por el *BOE*, contiene una jugosa "Presentación" de García-Pelayo, en la que el entonces presidente de la institución realiza una apasionada defensa de la jurisdicción constitucional. Función de ésta, escribió, "*no es sólo interpretar la Constitución como si se tratara de una simple ley, sino desarrollarla, seguirla y precisarla, asegurando así su estabilidad ante distintas circunstancias y coyunturas históricas. Con ello —concluye García-Pelayo— contribuye a fortalecer la seguridad jurídica en materia constitucional, lo que, dada la naturaleza fundamentadora de la Constitución, conlleva el fortalecimiento del ordenamiento jurídico todo*".

mite, de Gustavo Zagrebelsky, traducido aquí (en feliz aportación de la responsable de la versión española) como *El derecho dúctil*⁽¹⁷⁴⁾.

Hace años que éramos conscientes de que la ley –por decirlo coloquialmente– había dejado de ser lo que era. El ingreso en la “edad de la descodificación” había conllevado el final de los tiempos de la concordia entre la legalidad y la legitimidad, con la ley como zona de encuentro⁽¹⁷⁵⁾. Zagrebelsky no necesita arrancar de ahí para explicar en qué han cambiado los cuatro o cinco axiomas en torno a los cuales funciona el Estado constitucional desde hace dos siglos. Más bien se quita la venda histórica, y lo que aparece ante sus ojos, una vez desprovistos de los resabios de aquella naturaleza, es un derecho bastante desordenado; un derecho que acusa el derrumbe del mito de la soberanía estatal y una ley de cuyas entrañas se han seccionado los derechos y aún la propia idea de justicia. El derecho desordenado, incluso caótico en muchas de sus manifestaciones, resulta funcional a las necesidades de una sociedad compleja como la de nuestras (llamadas) democracias avanzadas, porque su *mitezza*, esto es, su elasticidad, su maleabilidad esencial, es precisamente la que permite el acuerdo de la gran mayoría sobre algunos principios básicos que subsisten y se refuerzan con el paso del tiempo. En tanto que sede donde tales principios aparecen objetivados, la Constitución deviene así un centro hacia el que todo converge, un “compromiso de la posibilidad”, del que sólo cabe predicar con carácter absoluto y, en tal sentido, soberano, “la doble exigencia de mantener el pluralismo de los valores (por lo que se refiere a su aspecto sustancial), así como el de asegurar la leal confrontación entre ellos (en lo que respecta a la vertiente procedimental)”⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, con epílogo de Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995; *cfr.* la amplia atención que dispensó a la obra el *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII (1996), con artículos de Marina Gascón, Enoch Albertí, Perfecto Andrés, Roberto Blanco, José Antonio García Amado, Alfonso García Figueroa, Ricardo Guastini y Luis Prieto Sanchís.

⁽¹⁷⁵⁾ Es inevitable la referencia a la obra, ya clásica, de Natalino Irti, *Letà della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.

⁽¹⁷⁶⁾ Cito por la versión original italiana, *Il diritto mite. Legge, diritti, Giustizia*, Turín, Einaudi, 1992, p. 11.

No incurriré aquí en el error de proseguir con el intento de resumir uno de los libros jurídicos más leídos de los últimos años. Lo que me interesaba destacar es lo difícil que todavía nos resulta asumir que el trono no es susceptible de reparto. Si entronizamos la Constitución, entonces la ley queda desplazada, como todo el mundo admite. Y con una ley sometida al imperio de la Constitución es inevitable que se resientan las posiciones de todos: la del autor de la ley, el legislador, por muy democrático que sea, pero también la del Juez independiente, aunque sujeto a ella, y la de la Administración, con su enigmática doble vinculación a la ley y *al Derecho* y, en fin, la de los operadores jurídicos todos, a cuyo cuidado queda el funcionamiento de un sistema que no admite ya hegemónicos “señores del Derecho”.

El autor italiano se refiere al Derecho Constitucional como un “conjunto de materiales de construcción” cuya combinación concreta, a los efectos de levantar el edificio, viene determinada por la política constitucional. Materiales de construcción, que no derribo, pero que en cualquier caso parecen exigir un replanteamiento de categorías con las que seguimos empeñados en habérnoslas, aunque sea al precio de desconocer la realidad. En esa tarea, nadie está llamado a tener tanta responsabilidad como nosotros, los profesores, en nuestra condición de autores de doctrina; y especialmente los constitucionalistas, dadas las insuficiencias de que adolece la teoría constitucional que venía considerada hasta hace bien poco como dominante⁽¹⁷⁷⁾.

A la vista del funcionamiento de un constitucionalismo como el de nuestros días, la Teoría del Derecho viene realizando algunas aportaciones que resultan de gran interés para nuestro gremio. Entre las dos venerables aproximaciones tradicionales a la fundamentación de lo jurídico, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, el constitucionalismo está emergiendo, en efecto, cada vez con mayor fuerza, como un complejo *tertium genus*. Y eso hasta el punto de que una influyente corriente doctrinal se muestra convencida de que la cultura jurídica de nuestros días

⁽¹⁷⁷⁾ Teoría trasladada en algunos casos, de manera irreflexiva, al propio texto de la Constitución, como ocurre con la regulación del control parlamentario, realizada manifiestamente con total ignorancia de la práctica del Estado de partidos.

está imbuida de un nuevo paradigma: precisamente, el paradigma constitucional y “garantista”.

Unas cuantas páginas más arriba nos referimos ya a las dificultades que plantea el intento de encajar el constitucionalismo, como doctrina referida a los límites del poder, con el Positivismo en cualquiera de sus vertientes o, al menos, en cualquiera de sus vertientes clásicas⁽¹⁷⁸⁾. Es más, una de las tesis centrales de estas páginas es que *el Positivismo decimonónico falseó el constitucionalismo*, neutralizando el potencial libertador inscrito en el gran tríptico de ideales de la Revolución francesa. Por otra parte, también hemos sostenido que la reconstrucción del constitucionalismo, tras las cenizas de la guerra, se realizó *mediante la incrustación en el Derecho Constitucional, ergo en el Derecho positivo, de un determinado orden de valores*, en respuesta al horror y la indignidad del más inmediato pasado.

Un constitucionalismo de tal naturaleza no necesita saldar cuentas ni con el iusnaturalismo, ni con el iusPositivismo. En realidad, el constitucionalismo raras veces necesitó saldar cuentas con el primero. Su relación fue de perfecta armonía en los momentos del apogeo revolucionario burgués –la Constitución como instrumento para el traslado del Derecho Natural al mundo efectivo–, quedó eclipsada durante el largo auge del iusPositivismo legalista, y reapareció, en términos de conflicto, precisamente cuando los supuestos políticos de fondo no consentían ya la manipulación de la ley al servicio de los intereses de una sola clase social. Es entonces, en los convulsos años de la Alemania de Weimar, cuando la incipiente razón democrática, a la sazón concentrada exclusivamente en el legislador, recibe el embate de un Derecho Natural, reformulado entonces, bajo la larga estela del romanticismo jurídico, con concepciones tales como el “sagrado derecho del pueblo”, la “naturaleza de las cosas”, la “realidad de la vida”, etc.⁽¹⁷⁹⁾

⁽¹⁷⁸⁾ Epígrafe 3.1, “Positivismo *versus* constitucionalismo”.

⁽¹⁷⁹⁾ El conflicto se centró, como es sabido, en torno a la disponibilidad de la ley por los jueces –una casta por entonces especialmente reaccionaria– sobre todo, a propósito de la aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 109.1 del texto constitucional de Weimar. La cuestión fue el objeto central de debate de la reunión de

Quienes redactaron los textos constitucionales de la posguerra conocían bien dicho conflicto, pero no por ello renunciaron a insuflar el derecho de la Constitución con los aires de un cierto iusnaturalismo, convenientemente puesto al día. Al fin y al cabo, se trataba de un problema de cálculo de riesgos y de disposición de medios para proteger la Constitución frente a posibles *degeneraciones* u operaciones de boicot.

Dicho de manera sintética: si la *vexata quaestio* del constitucionalismo no ha sido otra, históricamente, que la del control del poder por el Derecho, con una neta contraposición entre razón política y razón jurídica, la cuestión se nos presenta más bien en nuestros días como la de los controles recíprocos entre unos poderes, que son más, y de distinta naturaleza, que los tres tradicionales, y donde la *razón constitucional*, en cuyo nombre se disponen los controles, hace mucho más difusos los confines que delimitan la política y el Derecho⁽¹⁸⁰⁾.

Si las cosas parecen ser así, hablando en términos generales, ¿qué no decir de los *riesgos del iusnaturalismo* en un país como el nuestro, hasta hace bien pocos años un erial en materia de canalización jurídica de la política, y (quizá por ello) tan aficionado a glorificar unos principios

profesores alemanes de Derecho del Estado, celebrada en Munich, en 1926. Un año antes, el Tribunal del *Reich* para asuntos civiles había reivindicado con éxito “el derecho que corresponde a los jueces desde tiempo inmemorial” de verificar un control de la ley, desde el punto de vista de su concordancia material con la Constitución. En su *Estado de derecho o Dictadura*, Hermann Heller comenta en términos amargos esta decisión, mediante la cual, en su opinión, “la burguesía (habría) logrado por el momento asegurarse eficazmente contra el riesgo de que el Poder Legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho liberal” (Hermann Heller, cit., nota 69, p. 288). En términos más generales, sobre el mencionado conflicto y su contexto, puede verse el libro de Giuseppe Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Milán Giuffrè, 1977, especialmente Cpt. II (“El Romanticismo Giuridico”), con amplia glosa de decisiones judiciales concretas.

⁽¹⁸⁰⁾ Con respecto a la enumeración de los poderes, es interesante la tipología propuesta por Jorge de Esteban, quien distingue en nuestra Constitución de 1978 “siete más uno”, a saber: el electoral, el moderador, el corrector, el ejecutivo, el parlamentario, el judicial, el constituyente-constituido y el autonómico. Un criterio de división semejante constituye el hilo conductor de los tres volúmenes de su *Curso de Derecho Constitucional*, publicado conjuntamente con Pedro J. González Trevijano.

generales del Derecho, nunca bien definidos ni perfilados, pero sí presentados como la materialización de la Justicia –*naturalmente* con mayúscula– frente a las contingencias y los defectos de la ley positiva? Una tradición semejante justifica toda la pasión que pueda emplearse en defensa de la ley, como expresión de la voluntad democrática, a la par que explica por sí sola la cautela (a la que antes nos referíamos) con la que alguna de las tesis de *El Derecho dúctil* ha sido acogida entre nosotros⁽¹⁸¹⁾.

Pero volvamos al asunto. El constitucionalismo valorativo –de valores llamados superiores, y de principios de muy diversas naturaleza y alcance– tampoco necesita realizar liquidación de cuentas alguna con el Positivismo. ¿Cómo iba a precisar hacerlo si de lo que se trata exactamente es de hacer partícipe a la Constitución de las características propias de todo Derecho Positivo? Lo radicalmente nuevo no es que el texto de las constituciones haya acabado por incorporar prescripciones propias del Derecho Natural, sino la difusión de una idea que, hace bien poco tiempo, no habría sido admitida, al menos en términos generales: la de que no puede haber democracia sin Constitución normativa. Normativa significa dotada de medios para asegurar la sujeción a ella de poderes e individuos o, lo que es igual, con vocación de efectividad, por cuanto prevé la manera de reaccionar contra, e impedir la perpetuación de, lo opuesto a ella.

El constitucionalismo abomina tanto del subjetivismo iusnaturalista, como de la ciega objetividad del Estado legislativo de Derecho. Su condición de tercero en discordia proviene, en definitiva, de lo que repudia, pero también de lo que toma de una y de otra forma de pensamiento jurídico. Si el Positivismo *absolutiza* la ley, el constitucionalismo hace

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. la recensión de Francisco Rubio Llorente, de todos modos muy encomiástica, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994), pp. 427 y ss., así como el “Epílogo”, éste más crítico, de Gregorio Peces-Barba a la edición española de la obra, publicada por Trotta en 1994. Sobre el papel atribuido tradicionalmente en España a los principios generales del Derecho, y la necesidad de “ponerlos en su sitio”, tras la entrada en vigor de la Constitución, son muy interesantes las consideraciones que realiza el propio Rubio Llorente en su prólogo a la obra colectiva, dirigida por él, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

de ella algo problemático, aunque sólo en aras de la supremacía de la Constitución, con su entramado de normas *positivas*, admite que pueda ser puesta en entredicho. Si el iusnaturalismo condiciona el *ser* de la norma a su correspondencia con el *deber ser* estatuido en un Derecho Natural cuyas prescripciones son abiertas e indeterminadas, el constitucionalismo delimita cuidadosamente el parámetro crítico, y además lo sitúa en el más alto nivel del Derecho Positivo.

Es, sobre todo, esa novedosa escisión del orden jurídico positivo en dos niveles, ese “Derecho sobre el derecho”, que confiere a la Constitución (según nuestro Tribunal Constitucional) el carácter de “norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico” (STC 9/1981, FJ 3), la que permite hablar de un nuevo paradigma en la Ciencia del Derecho.

Dicho paradigma, situado a medio camino entre el iusPositivismo y el iusnaturalismo, no es otro que el constitucionalismo. Al menos así lo sostiene hoy, con notable pujanza, un amplio sector de cultivadores de la teoría del Derecho: por dar algunos nombres, entre los muchos que podrían citarse, Alexy, Ferrajoli y Guastini y, en España, Prieto Sanchís y García Figueroa⁽¹⁸²⁾. Según Ferrajoli, a resultas de la positivización del Derecho Natural se ha producido una aproximación entre legitimación interna, o deber ser jurídico, y legitimación externa, o deber ser extrajurídico, es decir, “una juridificación de este último mediante la interiorización en el Derecho Positivo de muchos de los viejos criterios y valores sustanciales de legitimación externa que habían sido expresados por las doctrinas ilustradas del Derecho Natural”. Y en tales condiciones, “el antiguo conflicto entre Derecho Positivo y Derecho Natural y entre Positivismo jurídico y iusnaturalismo ha perdido gran parte de

⁽¹⁸²⁾ De inexcusable cita al respecto es el libro colectivo *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, coordinado por Miguel Carbonell y con contribuciones de Ferrajoli, Alexy, Guastini, Comanducci, Moreso, Prieto Sanchís, García Figueroa, Pozzolo, Bayón, Sastre Ariza y Barberis. Dentro de él resulta de especial interés el trabajo de Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. Y por su carácter pionero en la doctrina española también es de rigor remitir al libro de Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontanara, 1999.

su significado filosófico-político, al haberse cambiado los términos de la separación entre Derecho y moral, entre validez y justicia, entre Derecho como es y Derecho como debe ser. La diferencia entre ser y deber ser *del* Derecho expresado por la vieja dicotomía ley positiva/ley natural se ha transformado en gran medida en una diferencia entre ser y deber ser *en* el Derecho, trasladándose al tejido mismo de los ordenamientos jurídico positivos y configurándose como *incoherencia* o *antinomia* entre sus diferentes niveles normativos: entre la Constitución y la ley, entre la ley y la jurisdicción, entre la ley y las actividades administrativas, ejecutivas y de policía”⁽¹⁸³⁾.

Para Ferrajoli, la marca distintiva del Estado constitucional de nuestros días reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez de las normas no sólo atañen a su regularidad formal, sino también a su contenido sustancial –esto es lo que otro filósofo del Derecho italiano denomina *rematerialización* de la Constitución⁽¹⁸⁴⁾–, de donde extrae un decisivo distingo entre *vigencia* de la norma, referida al aspecto formal de la regularidad del acto normativo, y *validez* de la misma, centrada en la adecuación constitucional de su contenido⁽¹⁸⁵⁾.

El paradigma constitucional produce además una relación de tipo circular entre la normatividad del Derecho y una teoría jurídica que también aspira a ser normativa. Centro de atención de dicha teoría no es sólo, en efecto, el Derecho vigente, *conforme es*, sino que abarca, al mismo tiempo, un “modelo ideal”: el proyecto de Derecho inscrito en la Constitución, que actúa de referente crítico. Teoría jurídica y análisis *dogmático* –si es que este término sigue conviniendo a una teoría que ha dejado de plegarse sobre sí misma, renunciando a las viejas aspiraciones de “complitud”, coherencia y sistematicidad– participan, pues, de una

⁽¹⁸³⁾ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989, pp. 356-357.

⁽¹⁸⁴⁾ Massimo La Torre, “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, cit. nota 67.

⁽¹⁸⁵⁾ *Derecho y Razón...*, Cpt. 13 y especialmente Epígrafes 57 y 58.

doble dimensión que ha acabado por fusionarse: *descriptiva* del ser del Derecho, y *prescriptiva* en lo que tiene de juicio de conformidad con la justicia *rematerializada* del texto constitucional⁽¹⁸⁶⁾.

Si empleamos la terminología anglosajona utilizada por un autor alemán, podríamos concluir afirmando que el Derecho Constitucional se nos aparece hoy como situado a medio camino entre un vaporoso *higher law*, de resonancias medievales, y un rastrero (por contingente e incondicionado) *statutory law* tan arcaico como el anterior⁽¹⁸⁷⁾. Las disposiciones constitucionales son así el fundamento de todo el Derecho, pero también *representan* la cima del espacio jurídico, salvedad hecha de los casos en que la propia Constitución, como sucede en España, alarga tal espacio con remisiones a un Derecho Internacional que está experimentando, en materia de defensa de los derechos, transformaciones semejantes a las ya consumadas en el ámbito del Derecho Constitucional⁽¹⁸⁸⁾.

III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Pocas afirmaciones despiertan entre nosotros un acuerdo tan generalizado como la que se refiere a la interpretación de la Constitución como *el problema*, por antonomasia, de la teoría y el Derecho constitucionales de nuestros días. En Europa y, desde luego, en España, el Derecho Constitucional no hace mucho tiempo que disfruta de las ventajas que, para la dignidad científica de dicha rama del Derecho como disciplina académica, se derivan de la *judicialización* de sus enunciados. Pero, una vez descubierta la *terra ignota* del laboratorio judicial, una vez so-

⁽¹⁸⁶⁾ Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, Cpt. IV (“La filosofía analítica e il paradigma costituzionale della scienza giuridica”).

⁽¹⁸⁷⁾ E. Denninger, “Constitutional Law between Statutory Law and Higher Law”, en A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlín, Springer-Verlag, 1988, pp.103 y ss.

⁽¹⁸⁸⁾ Remito de nuevo a Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, Anabasi, 1995, así como a Danilo Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milán, Feltrinelli, 1995.

brepasadas las horas que alguien llamó “de pavorosa soledad” de los cultivadores de un Derecho que, por marcar distancias con el pasado, cambió hasta el nombre, parece como si, más allá del juicio de constitucionalidad, no hubiera sino el vacío⁽¹⁸⁹⁾.

El “entusiasmo” por la judicialización es comprensible, pero a veces induce a sostener tesis, desde mi punto de vista, erróneas. Por ejemplo, no creo que el ámbito objetivo del Derecho Constitucional pueda delimitarse, como a veces se hace, mediante la exclusiva referencia a los mandatos constitucionales y a la interpretación de los mismos verificada por la jurisprudencia constitucional. Se trata de un empeño que suele inscribirse dentro del contexto de un discurso sobre las fuentes de nuestra disciplina, y donde el “pie forzado” del enfoque (la tesis formalista/tradicional de las fuentes, con la jurisprudencia como fuente auxiliar) obliga a marcar distancias, removiendo las aguas, más estancadas que turbulentas, de la *hidráulica* jurídica.

Bromas aparte, hoy no son pocos los autores que denuncian la “hiperformalización” producida en nuestro pujante Derecho Constitucional como consecuencia de una “estrategia de exclusiones”, que tendía a deslegitimar cualquier enfoque no apegado a la cita jurisprudencial. Transcurridos ya los tiempos en los que todo estaba por hacer en materia

⁽¹⁸⁹⁾ Lo de las “horas de pavorosa soledad” está tomado de una recensión de Lorenzo Martín Retortillo, publicada en 1981, que contiene un irónico alegato contra el oportunismo que, creía él, se avecinaba: “hace Derecho Constitucional quien hace Derecho Constitucional, siempre que haga Derecho Constitucional. Lo malo sería confundir la ciencia con la longaniza y alardear de científico con la mira puesta, en cambio, en el banquete. Porque, al igual que en los bodegones barrocos se acumulan y arraciman frutos y más frutos y aun piezas de caza, hoy en el ámbito del Derecho Constitucional se ofrece, atractivo y sugeridor, un panorama, auténtica tierra de promisión, henchido de incienso y oro –tal vez sólo de plata– con el sueño de la lluvia de asuntos, de pleitos –ya hay un Tribunal Constitucional funcionando– y de dictámenes (...). Porque el hacer ciencia está, y ha estado abierto, a todos; todos los que quisieron pudieron empujar en esta a veces lenta, tan desasistida, tan desvencijada, en ocasiones, carreta de la ciencia del Derecho Constitucional, que conoció horas de pavorosa soledad”. El libro recensionado era el *Derecho Presupuestario*, de Laband, en la edición al cuidado, y con un excelente estudio introductorio, de Álvaro Rodríguez Bereijo; *cfr. Revista de Administración Pública*, 96 (1981), pp. 439 y ss.

ordinamental (fuentes, cauces de garantía, relaciones entre los subsistemas estatal y autonómico, etc.), y superada la proclividad al anatemismo, quizá estamos asistiendo a un movimiento pendular que reclama de los especialistas una mayor dedicación al trasfondo político de las normas, y al engarce de éstas con la realidad⁽¹⁹⁰⁾.

La fascinación por la justicia constitucional induce también a cierta desmesura cuando, hablando en términos generales, se hace de ella una exigencia ineluctable para la salvaguarda de la supremacía constitucional y aun de la propia democracia. Se olvida así que la jurisdicción constitucional fue un expediente introducido en Europa en circunstancias bien concretas, las de unas democracias amenazadas, y en las que la defensa de la Constitución se planteó como un problema acuciante. Podría así decirse que en Europa la quiebra de la democracia ha actuado históricamente como un acicate para la incorporación y difusión de la justicia constitucional⁽¹⁹¹⁾. Mientras que, a la inversa, la ausencia de ésta en sistemas democráticos bien consolidados, no es un rasgo deficitario de los mismos, sino sencillamente indicio de una evolución hacia la democracia carente de sobresaltos.

⁽¹⁹⁰⁾ En este sentido, he leído últimamente dos opiniones muy autorizadas, la de Luis López Guerra, en su Proyecto para el acceso a una cátedra en la Universidad Carlos III (“la tarea que se muestra en estos momentos más necesitada de atención de los especialistas del Derecho Constitucional es el análisis, exposición y clarificación de cuáles sean los contenidos materiales de las normas constitucionales, en relación con su significado político, en cuanto opciones concretas entre diversas alternativas presentes”), y la de Oscar Alzaga en la “Razón de ser”, escrita a modo de exordio del n° 1 de la nueva revista, de expresivo título, *Teoría y Realidad constitucional* (“Creemos poco fructíferos los enfoques evasivos, por mucho que se cubran con ropajes aparentemente ricos y brillantes, y entendemos que hasta el profesor más seducido por la estética y el *sex appeal* del formalismo acabará encontrando fascinante el difícil mundo de las relaciones entre la Constitución, en concreto, y las normas políticas, en general, con la realidad. Nuestro sentido del olfato, vieja y fiable fuente de conocimientos, nos dice que de la conexión entre teoría y realidad podemos esperar un nuevo y fuerte impulso de nuestra Ciencia”).

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. Francisco Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35 (1992), pp. 9 y ss.; más recientemente, abunda en la misma idea Luis López Guerra en su “Introducción” a la selección jurisprudencial llevada a cabo por él, bajo el título *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE/CEPC, 1998.

En los últimos tiempos, el debate filosófico-político registra también algunas objeciones frente a la importancia cobrada por la justicia constitucional. Una muestra significativa es el influyente libro de Habermas, *Faktizität und Geltung*, cuyo Capítulo 6 versa sobre las relaciones entre la jurisdicción y la legislación y, más precisamente, sobre la “función y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”. Habermas parte de las ideas de Dworkin relativas a los derechos y la decisión judicial, que examina en el Capítulo 5 (“Indeterminación del Derecho y racionalidad de la jurisdicción”), confrontándolas con la posición de autores alemanes (Denninger, Maus y Böckenförde, sobre todo) y norteamericanos (Sunstein, Perry, Brest, Ackerman y Ely, entre otros). Si he comprendido bien el punto de vista de Habermas, éste resalta los riesgos que, para la certeza del Derecho, se derivan del excesivo peso de una jurisprudencia “creadora” y dimanante de un Tribunal que tiende a ocupar el puesto reservado, según la lógica de la división de poderes, al legislador democrático⁽¹⁹²⁾. Habermas simpatiza con las tesis preconizadas por Ely, contrarias al “paternalismo” del Tribunal Supremo, y defensoras de una función de éste meramente garantista/procedimental:

“El discurso jurídico –dice Habermas– puede disfrutar de una presunción de racionalidad relativamente alta, debido a que está especializado en cuestiones concernientes a la aplicación de las normas, y se beneficia, además, de una forma de institucionalización que resalta su condición de tercero imparcial entre las partes en causa. Pero precisamente por ello el discurso jurídico no puede sustituir al discurso político, que es el que tiene que aportar su razón de ser a las normas y a los programas de acción, previo un debate en el que tengan oportunidad de intervenir todas las partes interesadas”⁽¹⁹³⁾.

⁽¹⁹²⁾ Jürgen Habermas, *Fatti e Norme. Contributi a una teoría discorsiva del diritto e della democrazia*, Milán, Guerini, 1996, p. 301.

⁽¹⁹³⁾ *Fatti e norme...*, p. 316. Abunda en ideas semejantes el reciente libro de Mark Tushnet, de expresivo título, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

Consecuente con esa reivindicación de lo político, Habermas se apoya en construcciones del alemán Denninger y del norteamericano Sunstein, para calificar como la más importante de las funciones de la justicia constitucional la de actuar como un guardián de la democracia deliberativa⁽¹⁹⁴⁾. Del primer autor citado toma la idea de los “conceptos-clave del Derecho Constitucional”, es decir aquellos de los que se sirve habitualmente la jurisdicción constitucional, y que se corresponden con las transformaciones experimentadas por los derechos fundamentales en el Estado democrático: desde su condición de derechos subjetivos o de defensa frente al Estado, a su estatuto como principios objetivos del ordenamiento con proyección sobre el conjunto de éste⁽¹⁹⁵⁾. Tales conceptos-clave, utilizados rutinariamente por la jurisdicción constitucional son, entre otros, el principio de proporcionalidad, el de razonabilidad, la recíproca limitación de los derechos y el juicio de ponderación, la unidad de la Constitución, etc.⁽¹⁹⁶⁾

De Sunstein, por su parte, toma Habermas una categoría próxima a la de los conceptos-clave, llamada por el autor norteamericano *background norms*. Se trata de una serie de principios inspiradores, que son propugnados como guía de conducta o, más bien, cánones de

⁽¹⁹⁴⁾ Categoría, como es sabido, central en el pensamiento de Habermas. En español, pueden verse recientemente sus escritos agrupados bajo el epígrafe “¿Qué significa política deliberativa?”, en Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, así como la excelente visión de conjunto sobre el pensamiento *habermasiano* de Fernando Vallespín, “Habermas en doce mil palabras”, *Claves de razón práctica*, 114 (2001), pp. 53 y ss.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. Peter Häberle, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, cit. nota 152, pp. 149 y ss.

⁽¹⁹⁶⁾ Erhard Denninger, “Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe”, en *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990; cfr. Habermas, *Fatti e norme...*, pp. 292 y ss. De entre la abundantísima bibliografía dedicada al análisis de tales conceptos, cabe destacar el excelente número monográfico (el 5, de 1998), que dedicó al principio de proporcionalidad la revista *Cuadernos de Derecho Público*; también, por lo que se refiere a la ponderación, la monografía (de engañoso título) de José María Rodríguez Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000. Y sobre el juicio de razonabilidad, recientemente, Gino Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000.

autocontención, que los Tribunales deberían seguir, con el fin de lograr el mayor consenso posible en materia de interpretación jurídica (y no sólo constitucional). Con tal propósito se enuncian una serie de postulados que ahora no voy a reproducir, pero que, en sustancia, se inspiran en el común objetivo de lograr que el debate político no salga de los cauces en los que debería desarrollarse y, subsidiariamente, en el de sugerir argumentos para el debate, garantizando, eso sí, una sustancial igualdad de oportunidades políticas para la defensa de las diferentes perspectivas⁽¹⁹⁷⁾.

Con posterioridad a la aparición del libro de Habermas, el propio Sunstein ha expuesto su pensamiento al respecto, de manera más profunda y sistemática, en su brillante ensayo sobre las relaciones entre conflicto político y razonamiento jurídico⁽¹⁹⁸⁾. La tesis básica del libro es que un sistema jurídico que funcione de modo mínimamente satisfactorio debe tener como objetivo generar estabilidad y consenso, en el contexto de elevadas dosis de desacuerdo político y pluralismo. A tal efecto, los Tribunales –y sobre todo aquellos con capacidad decisoria de carácter último– deben, al decir de Sunstein, operar por medio de lo que él llama (algo así como) “acuerdos teóricos no desarrollados exhaustivamente” (*Incompletely Theorized Arguments*). Tales argumentos permiten razonar desde un nivel de abstracción lo suficientemente elevado como para suscitar un acuerdo generalizado sobre las posiciones de principio, que podría romperse si la lógica argumentativa descendiera hasta las minucias de detalle del caso concreto. En diversos lugares de su libro, Sunstein insiste, por ello, en lo eficaz que resulta un “uso constructivo del silencio” por parte de los Tribunales, así como en el valor del razonamiento analógico para la resolución de los casos de Derecho Constitucional⁽¹⁹⁹⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ C.R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990, pp. 170 y ss.; *cfr.* Habermas, *Fatti e norme*, cit. nota 192, pp. 299-301 y 328-329.

⁽¹⁹⁸⁾ C. R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

⁽¹⁹⁹⁾ *Legal Reasoning ...*, Capítulos II (“Incompletely Theorized Arguments”) y III (“Analogical Reasoning”). El recurso a los I.T.A., en el momento de la elaboración de la Constitución, viene desarrollado por el propio Sunstein en su trabajo “Constitutional

Si se acepta la idea, por otra parte bien difícil de rechazar, de que un derecho por principios conlleva elevadas dosis de creación en el momento de ser interpretado, entonces lo que los autores citados (y con ellos Habermas) dicen es simplemente que el responsable de la interpretación necesita una justificación externa. Ahora bien, decidir cuál sea esa justificación y enunciar, sobre la base de ella, unos determinados modelos de comportamiento, ya es cosa que entra en el terreno de la prescripción, por más que el pretexto de la misma sea uno de tanto fuste como la defensa del legislador democrático. En una dirección semejante, también Rawls otorga a la justicia constitucional nada menos que el estatuto de *paradigma de la razón pública* (“en un régimen constitucional con revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, la razón pública no es otra cosa que la razón de su Tribunal Supremo”), pero en un contexto de vigorosa defensa de la separación de poderes:

“La Constitución –añade Rawls algunas páginas más adelante– no es lo que el Tribunal dice que es, sino aquello que, sobre ella, le permiten decir quienes actúan de conformidad con la Constitución en las otras ramas del Gobierno”⁽²⁰⁰⁾.

Bien están los *wishful thinkings*, estemos o no de acuerdo con ellos, pero lo cierto es que las dimensiones cobradas por la justicia constitucional otorgan al constitucionalismo de nuestros días un sesgo por completo inédito. La imagen *kelseniana* del legislador negativo resulta inadecuada para dar cuenta de una realidad en la que la jurisprudencia constitucional se ha convertido en fuente *positiva* de criterios interpretativos de alcance general y vinculante (artículo 5 LOPJ, por lo que se refiere a

Agreement Without Constitutional Theories”, *Ratio Iuris*, 13 (2000), pp. 117 y ss. Sobre el uso de la analogía en Derecho Constitucional, *cfr.* también la obra de Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁽²⁰⁰⁾ J. Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 231 y 237 y, en general, *Lecture VI* (“*The Idea of Public Reason*”).

España). Lo que ha cambiado, quizá, no es tanto la función de la justicia constitucional, que continúa siendo, como en el debate clásico, *defensiva* de la Constitución, como la manera (por así decir rutinaria) en que tal defensa se realiza, así como la transformación de lo que la misma exige.

Por decirlo más claramente: mientras que la imagen clásica del legislador negativo tiene como presupuesto la defensa de la norma fundamental frente a la ley, mediante un juicio abstracto de compatibilidad entre ambas normas *cerradas*, la visión contemporánea de la justicia constitucional presupone una Constitución *abierta*, unos enunciados que no se prestan a formas silogísticas de enjuiciamiento, y un orden constitucional que se va creando y recreando mediante la actuación conforme a aquélla de los ciudadanos y de los poderes públicos, incluido el Tribunal Constitucional.

Las tensiones entre el legislador y la jurisdicción constitucional se convierten así en un componente inevitable de nuestras democracias, un fenómeno inherente a las mismas y frente al cual, como se ha dicho, la marcha atrás parece imposible⁽²⁰¹⁾. Con el fin de mantener dicha tensión dentro de márgenes que no hagan de ella un mal endémico o una rémora insostenible para el funcionamiento del sistema –cosa que, por el momento, no se ve que esté en trance de ocurrir en ningún lado, pese a las protestas y denuncias de usurpación llevadas a cabo por algunos destacados *originalistas* norteamericanos⁽²⁰²⁾– se han sugerido medidas “de ingeniería constitucional” dirigidas a instaurar mecanismos de cooperación entre las dos instituciones. Presupuesto para la adopción de las mismas, es “abandonar viejos tabúes por ambas partes, como la crítica *per se* a las sentencias que contienen orientaciones para el legislador, o la creencia de

⁽²⁰¹⁾ Cfr. las “Conclusiones generales”, a cargo de Eliseo Aja y Markus González Beilfuss, a la obra colectiva, coordinada por el primero, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

⁽²⁰²⁾ Me refiero, sobre todo, a Robert Bork y a su irritada obra, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, cit. nota 163, especialmente Cpt. 18 (“Effects for the Future”).

los Tribunales Constitucionales de que la inercia (pereza) del legislador es algo consustancial a las Cámaras”⁽²⁰³⁾.

Y desde un plano más teórico, esta especie de “Constitución de los controladores”, que hoy tenemos, puede ser contemplada desde perspectivas opuestas: bien como una regresión antidemocrática, en el sentido de que esconde la *politicidad* radical de decisiones colectivas básicas bajo el manto de un tecnicismo constitucional cuyos entresijos sólo unos pocos están en disposición de conocer, o bien como el perfeccionamiento y culminación de la aspiración garantizadora/limitadora que siempre alumbró al constitucionalismo⁽²⁰⁴⁾.

De lo que no cabe duda es de que el panorama “dieciochesco” de frenos y contrapesos, de cuyo correcto engranaje en la maquinaria constitucional se esperaba todo para la salvaguarda de la libertad, se ha hecho más complejo. Para unos, la *virtud* del Poder Judicial, en un contexto en que *todo y todos somos justiciables*, se ha convertido en la depositaria natural de tal esperanza⁽²⁰⁵⁾. Otros reproducen la “obsesión trinitaria”, y explican el nuevo estado de cosas hablando de un equilibrio inestable y polimorfo entre tres polos: el de la tecnoburocracia, el de las instituciones democrá-

⁽²⁰³⁾ Aja y González, “Conclusiones Generales”, cit. Con referencia a Italia, pueden verse consideraciones semejantes en el libro de Enzo Cheli, *Il Giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bolonia, Il Mulino, 1996, pp. 64 y ss.

⁽²⁰⁴⁾ Claramente decantado por el primer polo de la alternativa se muestra Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, cit. nota 193, mientras que un representante señero de la segunda opción es Bruce Ackerman, cuya teoría constitucional de la democracia dualista, con los “momentos constitucionales” y los de la “política normal”, va acompañada de la reivindicación entusiasta del juicio de constitucionalidad, que “*aparece en escena para cumplir la promesa de lo político, no para acabar con ella*”; *cfr.*, en general, sus ensayos agrupados bajo el título *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999 y, especialmente, el titulado “El argumento político a favor de los tribunales constitucionales” (pp. 145 y ss.), del que he tomado la frase que resalto en negrilla.

⁽²⁰⁵⁾ *Cfr.* M. Troper, *Pour une Théorie juridique de l'État*, cit. nota 62, y especialmente Cpt. XIII (“Le concept de constitutionalisme et la théorie moderne du droit”). La expresión *todo y todos somos justiciables* es de A. Garapon, *Le gardien des promesses*, París, Odile Jacob, 1996, p. 21; para la cuestión, es muy útil el trabajo de Guarnieri y Pederzoli *La democrazia giudiziaria*, Bolonia, Il Mulino, 1997.

tico-representativas y el del *Estado ético de los controladores*⁽²⁰⁶⁾. Y otros, en fin, con acusado optimismo, recurren a la imagen de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, sin *numerus clausus* de ellos, en claro decantamiento, entre las alternativas antes enunciadas, favorable al reforzamiento del constitucionalismo⁽²⁰⁷⁾.

La *popperiana* búsqueda de la verdad, a través de un proceso racional, discursivo y dialéctico, con resultados siempre aproximativos y provisionales se ha convertido en un tópico por el que la Ciencia del Derecho Constitucional muestra cada vez más interés⁽²⁰⁸⁾. Quizá a ella, como al Derecho en general, siempre que éste sea concebido como público intercambio de razones, sostenido por un consenso social, y dirigido al logro de una convivencia pacífica, le cuadra al dedillo la bella imagen de la *tela tejida de conjeturas*. Con ella concluía el filósofo griego Jenófanes, 500 años antes de Cristo, unos versos dirigidos a demostrar que aquello que denominamos conocimiento no es sino conjetura y opinión, *doxa*, no *episteme*:

“Los dioses no nos revelaron, desde el principio, todas las cosas a los humanos; pero en el curso del tiempo, podemos aprender indagando, y conocer mejor las cosas.

Por lo que respecta a la verdad certera, nadie la conoce, ni la conocerá; ni acerca de los dioses, ni tampoco de todas las cosas de las que hablo.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. Pier Paolo Portinaro, “Dal custode della Costituzione alla Costituzione dei custodi”, en Gustavo Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 401 y ss.

⁽²⁰⁷⁾ La referencia *canónica* es, naturalmente, Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996, pp. 15 y ss., especialmente p. 31: “Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales ‘gremiales’, acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental de la Ciencia del Derecho Constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes ‘no gremiales’ en el proceso de la interpretación constitucional”.

⁽²⁰⁸⁾ Amplias referencias en Antonino Spadaro, *Contributo per una teoría della Costituzione*, cit., nota 143, Capt. III (“Verità, etica pubblica e Costituzione”).

E incluso si por azar alguien llegase a expresar la verdad perfecta, lo desconocería: pues todo no es más que una tela tejida de conjeturas⁽²⁰⁹⁾.

La cita que antecede cumple perfectamente, entre los varios posibles, el cometido de ser un cómodo refugio *científico*, construido además bajo el amparo no de una, sino de dos autoridades (y una de ellas nada menos que presocrática)⁽²¹⁰⁾. Con ella se siente uno inducido a concluir un recorrido en el que nos hemos demorado, quizá, más de lo conveniente. Pero dejaríamos un llamativo cabo suelto si termináramos aquí, sin haber expuesto antes nuestro punto de vista con relación a lo que hemos llamado, al comienzo del subepígrafe, *el problema* por antonomasia del Derecho Constitucional de nuestros días, es decir, el de cuál sea el método más apropiado para la interpretación de la Constitución.

De la yuxtaposición de ideas, quizá trilladas, y citas de autoridad con las que hemos llenado las anteriores páginas, creo que pueden inferirse cuáles son las inclinaciones metodológicas del autor de ellas. No en vano se ha parafraseado alguna vez en nuestro campo el conocido dicitio “dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes”⁽²¹¹⁾; algo que podría también ser enunciado a la inversa o, incluso, ser transformado en “dime tu concepto de Constitución y te diré lo que opinas en materia de métodos interpretativos”. Pero, por si fuera preciso ser más explícito, procedo, al estilo forense, y en trámite de conclusiones provisionales, a mostrar mi particular *tela de conjeturas* al respecto.

⁽²⁰⁹⁾ Cit. en Karl Popper, “Acerca de las llamadas fuentes del conocimiento”, en la recopilación de ensayos de dicho autor agrupados bajo el título *En búsqueda de un mundo mejor*, Barcelona, Paidós, 1994, p. 71.

⁽²¹⁰⁾ Cfr. G.W. Bowersock, “The Art of the Footnote”, *The American Scholar*, 52-53 (1983/84), pp. 54 y ss. y, desde la perspectiva de artículos jurídicos, A. Austin, “Footnotes as Product Differentiation”, *Vanderbilt Law Review*, 40 (1987), pp. 1131 y ss.

⁽²¹¹⁾ W. Kaegi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 147, cit. en García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1981, p. 163.

Tengo para mí que a la interpretación de la Constitución le cuadran bien las observaciones de Isaiah Berlin sobre los límites de la teoría en las cuestiones políticas. La desconfianza hacia los intelectuales en el ámbito de la política, dice Berlin, “surge de la creencia, no del todo falsa, de que, debido al deseo de ver la vida de alguna manera simple, simétrica, ponen demasiada esperanza en los resultados beneficiosos derivados de aplicar directamente a la vida conclusiones obtenidas mediante operaciones en una esfera teórica”. Y la consecuencia de ello, añade, “es que si los hechos –es decir, el comportamiento de seres humanos vivos–son reacios a tal experimento, el experimentador se molesta, e intenta cambiar los hechos para adecuarse a la teoría, lo que en la práctica significa una especie de vivisección de las sociedades hasta que se conviertan en lo que la teoría originariamente declaraba que el experimento les debería haber convertido”⁽²¹²⁾.

Cámbiese “intelectuales” por “constitucionalistas”, y “hechos” por “sentencias”, y se tendrá una visión certera acerca de las razones de una transposición y, sobre todo, de un escepticismo que hoy comparten muchos autores. Al fin y al cabo, como ya observara Radbruch, la acumulación de investigaciones sobre el método jurídico viene a ser casi siempre indicio de una ciencia carente de salud⁽²¹³⁾. De ahí que se nos antojen muy acertadas afirmaciones del tipo “el método se hace, no se dice”, o bien “del hecho (*ex scripto*) nace el método (*ratio scientia iuris*)”. Dicho con otras palabras: lo interesante no es la ortodoxia interpretativa abstracta e *ideal*, sino la concreta (y operativa) *orto-praxis* constatada. El estudio del método sólo puede ser así un estudio sobre algunas constantes de la *praxis*⁽²¹⁴⁾.

⁽²¹²⁾ Isaiah Berlin, “El juicio político”, en *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 94-95.

⁽²¹³⁾ G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto*, Turín, Giappichelli, 1961, p. 360. La cita completa es como sigue: “Las investigaciones relativas al método se acumulan. Del mismo modo que los hombres que se atormentan con la autoobservación son, por lo general, hombres enfermos, así ocurre también con las ciencias que tienen motivos para preocuparse por el método; el hombre sano y la ciencia sana no acostumbran a indagar demasiado sobre sí mismos”.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. A. Spadaro, “Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo ‘relazionista’ nel Diritto Costituzionale)”, en VV.AA., *Il metodo nella Scienza del Diritto Costituzionale*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 157 y ss.

En esa línea, un trabajo pionero, centrado en el Derecho Privado, pero convertido en obra de referencia, descalifica en sus páginas iniciales los empeños teóricos construidos *more geometrico*: “toda teoría que, renunciando a investigar el fenómeno mismo, hace declaraciones autoritarias e inmediatas sobre su naturaleza y contenido, debe quedar científicamente descalificada, cualesquiera que sean los intereses especulativos que en ello jueguen”⁽²¹⁵⁾. La lectura del libro de Esser es muy recomendable para darse cuenta de que el constitucionalismo de nuestros días, al menos por lo que a la interpretación respecta, poca cosa puede descubrir que no sea un “mediterráneo”. Especialmente el Capítulo V (“Importancia de los principios constitucionales positivos para la creación jurisprudencial”) explica con agudeza los ingredientes de libertad y vinculación que concurren en cualquier aplicación jurisprudencial del Derecho y paradigmáticamente del Derecho Constitucional. Esser toma como ejemplo el principio de igualdad, comparando la posición del Juez con la de un observador que, desde la “ventana” de la norma, dirige su mirada hacia los valores sociales admitidos, y hacia el proceso de sedimentación de los mismos “en una conciencia cultural que se apoya en la tradición, pero sujeta a un proceso de renovación constante”. De dicha conciencia cultural forma parte la conciencia Jurídica, que agrupa, a su vez, la doctrina y el cuerpo de precedentes jurisprudenciales, cuyo curso evolutivo por la vía de una argumentación sin cortes bruscos ni saltos en el vacío, es la mejor garantía contra cualquier tentación de *libre recherche* por parte del Juez⁽²¹⁶⁾.

Consideraciones semejantes en torno a la *pervasive authority* del precedente pueden hallarse también en la obra (más actual que la de Esser) de Orrù, dedicada al Derecho jurisprudencial. El autor denuncia las vindicaciones de “retorno al método jurídico” (*zurück zur juristischen Methode*) como nostálgicas e impracticables. Lo que se necesita, según él, es no sustraer al control crítico y a la verificación de la discusión pública las opciones valorativas del Juez:

⁽²¹⁵⁾ Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 17.

⁽²¹⁶⁾ Esser, *Principio y norma...*, pp. 104-108.

“La legitimidad democrática de las valoraciones realizadas por el Juez dependen de la transparencia de sus opciones axiológicas, porque cuando las mismas no son explícitas no pueden ser criticadas ni sometidas siquiera a verificación pública”⁽²¹⁷⁾.

Si la interpretación supone al propio tiempo un acto de creación jurídica no predeterminado por la norma en todos sus extremos, como afirmaba ya prudentemente la Teoría Pura del Derecho, entonces el acto de voluntad del Juez –ordinario o constitucional– tiene que cuajar en una decisión responsable. La *responsiveness* de la decisión judicial es la que permite paliar el llamado *déficit de legitimidad* de la jurisdicción en el Estado democrático. En el caso del Juez ordinario, porque el eslabón que le une a la soberanía popular mediante la sumisión a la ley es un eslabón quebradizo, como bien lo acredita, con manifiesto realismo, la sujeción adicional del Juez a las pautas interpretativas de la justicia constitucional, establecida en nuestra LOPJ⁽²¹⁸⁾. Y en el caso del Juez constitucional, con más motivo, porque al decidir *se apodera de la Constitución*, por lo menos provisionalmente, en la medida en que a él le corresponde establecer, con carácter vinculante, y sin ulterior recurso, el significado de la misma.

Según una opinión muy difundida, lo que distingue la decisión política de la decisión judicial es precisamente su diferente modo de justificación y argumentación: desde los objetivos que persigue, la primera; desde la sumisión a una norma previa y la explicitación de la regla utilizada para aplicarla, la segunda⁽²¹⁹⁾. Todo ello es sobradamen-

⁽²¹⁷⁾ Giovanni Orrù, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 17 y, en general, Cpt. III (“*Richterrecht* e problematica costituzionale”).

⁽²¹⁸⁾ *Cfr.*, *in extenso*, la reciente recopilación de trabajos de Luis López Guerra, agrupados bajo el título *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra editores, 2001, y especialmente el Cpt. II (“La legitimidad democrática del Juez”).

⁽²¹⁹⁾ Creo que un criterio semejante es el propuesto por Martin Kriele, aunque mi particular conocimiento del mismo procede de Ignacio de Otto, que lo utilizó en bastantes de sus escritos; *cfr.*, por ejemplo, “La sujeción del Juez al ordenamiento jurídico”, en *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 66 y ss.

te conocido. Si lo recordamos, es simplemente para destacar la importancia cobrada en las teorías de la interpretación de nuestros días (lo que es tanto como decir en la actual teoría constitucional) por la racionalidad hermenéutica de la decisión y por la disposición hacia la crítica de los autores de ella.

La gran aporía de las doctrinas *postpositivistas* de la interpretación constitucional es que cuanto más complejas y detalladas se hacen, llevadas por el deseo de vincular la labor del Juez, más ensanchan la discrecionalidad por cuyos márgenes puede moverse cómodamente el intérprete. Bien saben esto los autores de *repertorios* de principios para la interpretación constitucional, quienes acostumbran a establecer ciertas reservas sobre la utilidad de los mismos. Así ocurre en el trabajo de Hesse sobre la interpretación constitucional, publicado en 1966 como Capítulo II de sus *Grunzüge*, en el que la admirable precisión con la que es descrita la labor de concreción constitucional, culmina (párrafo n° 76) con unas consideraciones sobre lo aproximativo del empeño:

“Ciertamente que la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho Constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad posible, no que sencillamente se pueda prescindir de una metodología consciente. La ‘corrección’ de los resultados obtenidos a través del proceso expuesto de concretización de las normas constitucionales no tiene, por ello, el carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la Naturaleza; en el ámbito de la interpretación jurídica ello nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas tras de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarían los verdaderos motivos de la decisión o esta última sería sencillamente ocultada”⁽²²⁰⁾.

⁽²²⁰⁾ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 51.

También Böckenförde, en un Estudio expuesto por vez primera en 1975, y que lleva el significativo título “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, finaliza su recorrido con la (decepcionante) conclusión de que “todos los métodos interpretativos producen como resultado, en definitiva (...), la degradación de la normatividad de la Constitución”⁽²²¹⁾. Una consecuencia, desde luego, indeseable y que procede, según el autor germano, de un error en el punto de mira. Más que depuraciones metodológicas, lo que se precisa es asentar cierto *consenso argumentativo*, cimentado sobre un concepto de Constitución y sobre una teoría constitucional capaces de “consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación”. En ese sentido, se pregunta el autor germano si la pretensión indiscriminada de vigencia normativa de todas y cada una de las partes de la Constitución (consecuencia de la atribución a la misma de lo que él llama *la función de ley*), no debería dejar paso a la idea de *ordenamiento marco* –una idea, por cierto, a la que nuestro Tribunal Constitucional se ha mostrado bien adepto– y a la distinción entre diferentes ámbitos de regulación de la norma constitucional.

Asímismo plantea Böckenförde –y esto es lo que más nos interesa– si no habrá llegado la hora de extraer las consecuencias pertinentes del doble carácter del Tribunal Constitucional, como intérprete cuya labor es medible a la luz de la hermenéutica judicial, y como *órgano constitucional*. Desde este último punto de vista, la determinación de los cometidos de la jurisdicción constitucional hay que buscarla en “*la competencia atribuida y en su inserción en el orden de competencias articulante de poderes de la Constitución*” (subrayado de E.B.)⁽²²²⁾.

El argumento de Böckenförde es quizá un poco confuso, sobre todo expuesto así en forma mutilada y fragmentaria, pero creo que acierta a resaltar el punto crucial de la cuestión. La mejor garantía de que la interpretación de la Constitución realizada con carácter determinante por el

⁽²²¹⁾ E.W. Böckenförde, “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 37.

⁽²²²⁾ “Los métodos de la interpretación constitucional...”, pp. 40-42.

intérprete último no será la burda imposición de la voluntad de unos cuantos jueces con intereses inconfesables, sino el resultado de una operación realizada con arreglo a una técnica jurídica generalmente aceptada, es una de tipo estructural. O, mejor dicho, no una, sino varias razones de tipo estructural.

En el orden interno, es decir en el proceso decisorio, la argumentación del Juez constitucional sustituye la *condición restrictiva* de la vinculación a la ley, presente en la argumentación del Juez ordinario, por la vinculación a una norma, la Constitución, plagada de disposiciones abstractas, abiertas y con intensa carga ideológica. Pero su argumentación comparte con la del Juez ordinario otras condiciones restrictivas, como son la vinculación al precedente y a la dogmática. Especialmente el precedente, como ya lo hemos dicho a propósito de la tesis de Esser, tiene una fuerza general que resulta de dos reglas áureas:

- 1) Si puede aducirse un precedente en favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo.
- 2) Quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación⁽²²³⁾.

El voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo en la STC 222/92 (*caso subrogación arrendaticia mortis causa en uniones de hecho*), un voto del que se ha dicho que es “una de las páginas de Derecho Constitucional más lúcidas que se han escrito en este país durante los últimos años”⁽²²⁴⁾, se centra precisamente en la supuesta vulneración de la segunda de dichas reglas por parte de la mayoría del Tribunal:

⁽²²³⁾ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 339, en autocita del propio Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 537. *Cfr.* también las consideraciones, muy parecidas, de Sunstein (“Much of the discipline on judges comes not from constitutional text and history, but from past cases ...”), *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit. nota 197, pp.180 y ss.

⁽²²⁴⁾ Ángel Garrorena, en la “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 1 (1998), p. 43.

“No se trata, claro está, de ‘sacralizar’ el respeto a la jurisprudencia constitucional, de modo que resulte imposible su cambio o modificación. Ello conduciría a una petrificación, a todas luces indeseable, de nuestra interpretación constitucional. Es, pues, no sólo legítima, sino también saludable, una evolución progresiva en la interpretación constitucional. Pero ello debe hacerse, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada, (...) para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que a este Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata”.

Se dirá que el *consenso argumentativo*, reclamado por Böckenförde en su artículo sobre los métodos de interpretación, fue vulnerado en el caso recién aducido. Pero ahí está el voto particular para establecer la crítica, y ahí está la doctrina, libre de las restricciones consustanciales a la decisión judicial, para airear la denuncia y reclamar contención. La justicia constitucional es siempre justicia que se administra de forma colegiada y siguiendo reglas estrictas de formación de voluntad, que pueden ser, por sí solas, una garantía de “elección racional”. A falta de trabajos que profundicen en ese aspecto de la cuestión, al estilo norteamericano⁽²²⁵⁾, lo que sí es seguro es que no hay decisión de la justicia

⁽²²⁵⁾ Vienen de inmediato a la cabeza al menos dos obras, la clásica de Woodward y Armstrong, *The Brethren*, Nueva York, Simon & Schuster, 1979, que cubre el período 1969-1976, y la más reciente, de David Savage, *Turning Right. The Making of the Rehnquist Supreme Court*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1992; por no hablar de la serie de obras publicadas a raíz de la decisión del Tribunal Supremo en el asunto del recuento de los votos de Florida durante las últimas presidenciales, por ejemplo la de Alan Dershowitz, *Supreme Injustice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, o la editada por C. Sunstein y R. Epstein, *The Vote: Bush, Gore and the Supreme Court*, Chicago,

constitucional que no sea “mirada con lupa” por los teóricos y por los demás operadores jurídicos.

El conjunto de reglas, institucionalizadas o no, en materia de argumentación, actuantes en el proceso de aplicación del Derecho, forma parte, según Alexy, de un modelo de sistema jurídico articulado en tres niveles: uno, el de las reglas; un segundo, el de los principios; y un tercero, el del procedimiento:

“Lo que hasta ahora se ha descrito, el nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan sólo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y de los principios (...). En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la racionalidad”⁽²²⁶⁾.

De la misma forma que su *Teoría de los derechos fundamentales* nos recuerda que la Constitución no contiene sólo principios de índole material, sino también principios procedimentales (por ejemplo, entre otros muchos, el que dispone que es al legislador democrático a quien corresponde adoptar las decisiones más importantes para la comunidad)⁽²²⁷⁾, Alexy entiende aquí que un sistema jurídico atrapado por la disyuntiva “modelo de reglas” *versus* “modelo de principios” (¿legalismo *versus* constitucionalismo?), sólo puede salir de semejante trampa mor-

University of Chicago Press, 2001. En 2001 vio además la luz la monumental *The Supreme Court in Conference (1940-1985): the Private Discussions behind nearly 300 Supreme Court Decisions*, Nueva York, Oxford University Press.

⁽²²⁶⁾ Alexy, “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 173.

⁽²²⁷⁾ *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 223, p. 133.

tal, supliendo las carencias de uno y otro modelo mediante la contribución del “tercer nivel” del sistema jurídico, el de la *racionalidad práctica procedimental*:

“Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello –dicho con otra terminología– de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. No se pierde por ello la independencia del Derecho legislado ordinario. En el modelo de tres niveles se convierte en un problema de la ponderación entre el principio formal de la competencia de decisión del legislador legitimado democráticamente y los principios materiales de la Constitución. Los resultados de esta ponderación, al igual que de otras ponderaciones, son fundamentables racionalmente”⁽²²⁸⁾.

Sobre la base de tales afirmaciones, no creo que sea exagerado decir que si el núcleo de la teoría constitucional de nuestros días es la interpretación de la Constitución, el núcleo de la interpretación de la Constitución no es otro que el del deslinde de atribuciones respectivas, en el desempeño de tal cometido, entre el legislador democrático y el Juez constitucional.

Pero con ello volvemos al punto del que partíamos al inicio del epígrafe, a propósito de las observaciones de Habermas contra *la invasión* de la justicia constitucional. Permítasenos añadir ahora un par de consideraciones a modo de epílogo.

Una tradición jacobina y varias décadas de Positivismo legalista dificultan en Europa algo que en los Estados Unidos se contempla con

⁽²²⁸⁾ Alexy, “Sistema jurídico y razón práctica”, pp. 176-177.

toda naturalidad. Me refiero a las resistencias que aquí levanta todavía la idea de que el Juez, cualquier Juez, desempeña una función política; tanto más si su cometido es interpretar la Constitución, en el seno de un Tribunal cualificado como supremo intérprete de ella y que, en su condición de órgano constitucional, forma parte (como dirían los norteamericanos) de una *society's governing coalition*. Entre los miembros de dicha *coalición gobernante*, por otro nombre “poderes del Estado”, resulta consustancial a la lógica del Estado Constitucional que se produzca cierta tensión. Al fin y al cabo, si hay dos conceptos claves en el funcionamiento de tal tipo de Estado, uno de ellos es el de derechos fundamentales, pero el otro, como bien ha resaltado Aragón Reyes, es el de control, y un control deja de serlo genuinamente cuando el controlador (o quien actúa como tal, pues las funciones pueden ser intercambiables) hace de la condescendencia su guía de conducta. Otra cosa es que dicha tensión desemboque en un conflicto irresoluble y susceptible de causar, por su persistencia, un bloqueo institucional. Pero de ello la historia, al menos en un contexto democrático, ofrece contadísimos ejemplos⁽²²⁹⁾.

A partir de un argumento tan cargado de *naïveté*, quizá resulte más sencillo admitir que el legislador y el Tribunal Constitucional comparten un mismo “ámbito de diálogo”, en el seno del cual cada uno conserva una capacidad de reacción que excluye monopolios de la última palabra. La labor de la justicia constitucional al enjuiciar el producto de la voluntad del legislador se parece así cada vez más a un “diálogo no coercitivo” que a menudo sugiere, más que impone, unos caminos en vez de otros, en aras de la supremacía de la Constitución⁽²³⁰⁾. “Nadie como el

⁽²²⁹⁾ Remito al clásico trabajo de Robert Dahl, “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, *The Journal of Public Law*, 6 (1957), pp. 279 y ss., donde se demuestra la sintonía esencial, comprobable a la larga, entre los puntos de vista del Congreso y los del Tribunal Supremo. Cuando hago la salvedad del contexto democrático, estoy pensando en el caso del Perú, donde el conflicto entre el presidente Fujimori y el Tribunal Constitucional, a propósito del cómputo de los mandatos presidenciales a efectos de reelección, se resolvió, con la destitución de varios magistrados.

⁽²³⁰⁾ Tal es el argumento, a veces un poco forzado, que desarrolla Robert Burt en su trabajo “Constitutional Law and the Teaching of Parables”, *Yale Law Journal*, 93 (1984),

Poder Judicial –escribe Laurence Tribe, expresando la misma idea– se halla capacitado para, y tiene el compromiso de, desarrollar un discurso constitucional capaz de justificar y aportar razones que sustenten su opinión sobre el comportamiento de los otros poderes, mediante un diálogo con quienes leen la misma Constitución, aun cuando el punto de vista de unos y de otros pueda ser distinto”⁽²³¹⁾.

Quien conceda crédito (por decirlo con Bickel) a las “virtudes pasivas” de la justicia constitucional, no verá, en definitiva, que el manido rasgo contramayoritario de ella plantee “dificultad” alguna⁽²³²⁾; y como consecuencia de ello, la afanosa búsqueda del *único método* interpretativo respetuoso con las esencias democráticas, fuente de tantas polémicas, pierde buena parte de sentido.

Por más que dicha postura pueda ser tildada de abandonista, parece estar abriéndose paso la idea de que el Derecho Constitucional *se ha troceado* en zonas normativas que exigen un tratamiento diferenciado; o, lo que viene a ser lo mismo, está emergiendo la convicción de que las grandes teorías omnicomprendivas sobre interpretación de la Constitución (teorías prescriptivas de una ortodoxia que a menudo tienen mucho de pie forzado) son incapaces de dar cuenta de una realidad constitucional *poliédrica*, en la que los hechos –léase las decisiones de los intérpretes– “hablan por sí solos”⁽²³³⁾.

pp. 455 y ss. Burt toma como paradigma el diálogo entre el Tribunal Supremo, el Congreso y la opinión pública a que dio lugar la decisión del caso *Brown v. Board of Education*. En la misma idea del diálogo entre el Tribunal y el Congreso insisten diferentes trabajos de Ferejohn y Weingast, una reseña de los cuales, a cargo de Pablo Salvador Coderch, puede verse en el *Anuario de Derecho Civil*, XLV (1992), pp. 1591 y ss.

⁽²³¹⁾ Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, The Foundation Press, 1988, p.15, y del mismo autor, junto con M. Dorf, *in extenso*, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 32 y ss.

⁽²³²⁾ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, Cpt. IV.

⁽²³³⁾ Cfr. la intervención de Cesare Pinelli, recogida en el libro *Il metodo nella Scienza del Diritto Costituzionale*, cit., nota 214, pp. 110 a 113. El autor recurre a la imagen de un glaciar que se disuelve en ríos distintos para ilustrar la fragmentación metodológica experimentada por el Derecho Constitucional.

Analizando un fenómeno de esa naturaleza, Mark Tushnet defiende la opinión de que las “grandes teorías” interpretativas de la doctrina norteamericana tan sólo sirven si uno acepta no sobrepasar los confines propuestos, a modo de petición de principio, por cada una de ellas. Además, el mismo autor constata que lo que vale para cuestiones de libertad de expresión –digamos las teorías de Ely sobre apertura de los *canales de participación y refuerzo de la representación*– generalmente resulta inútil en otras “áreas”, por ejemplo, en materia de privacidad, discriminación por razón de sexo o justicia penal, donde se exigen buenas dosis de filosofía moral, al estilo Dworkin, o de originalismo, constatación que también vale a la inversa⁽²³⁴⁾. La conclusión del libro de Tushnet, tras más de 300 páginas de análisis minucioso, no puede ser más desalentadora:

“La tradición liberal hace de la teoría constitucional algo al mismo tiempo necesario e imposible. Necesario porque aporta el tipo de limitaciones que tal tradición prescribe para quienes mandan, ya sean legisladores o jueces. Pero imposible, porque no hay teoría constitucional capaz de satisfacer simultáneamente el doble objetivo de marcar límites a la actividad del legislador y a la del Juez. Cuanto más limitaciones propugnemos para los jueces, más libre de ellas dejaremos al legislador; y cuanto más limitemos al legislador, más libertad dejaremos a los jueces para hacer lo que ellos quieran”⁽²³⁵⁾.

Menos mal que la teoría constitucional siempre podrá extraer de la chistera el socorrido recurso de la autocontención judicial, algo que no justifica, desde luego, las alforjas empleadas para el viaje.

La *judicial self-restraint* viene a ser el equivalente doctrinal de la candorosa estipulación constitucional que prescribía el ser justos y benéficos. Aunque su linaje no es tan antiguo como el de dicha estipula-

⁽²³⁴⁾ Mark Tushnet, *Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, Cpt. V (“Intuitionism and Little Theory”).

⁽²³⁵⁾ Mark Tushnet, *Red, White and Blue...*, p. 313.

ción, tampoco es desdeñable; procede, al parecer, del voto particular firmado en 1936 por el Juez Stone en *Butler v. United States*, un caso hoy célebre por haber sido el detonante de la “guerra” entre el Tribunal y el presidente Roosevelt, a propósito del *New Deal*. Disconforme con la declaración de inconstitucionalidad de la *Agricultural Adjustment Act*, el Juez Stone dejó escrito, en frase que ha hecho fortuna, que “*the only check upon our exercise of power is our own sense of self-restraint*”⁽²³⁶⁾. En 1924, un trabajo dedicado a la *Judicial Self-Limitation* sostenía ya que los jueces deberían abstenerse de dar opinión en los asuntos políticos particularmente espinosos (*prickly issues*) o candentes (*politically hot*), así como en aquellos que afectarían al *hipersensitive nerve of public opinion*⁽²³⁷⁾.

Se trata, como se ve, de formulaciones prescriptivas que poco añaden a lo que ya se infiere del principio estructural de la división de poderes, en lo que tiene de reserva en exclusiva de un núcleo intocable de funciones para cada uno de ellos. Si de prescribir se trata, no se ve la causa por la que la virtud de la contención y el *fair play* no deba preconizarse también con respecto a los titulares de los órganos político-representativos. Por ejemplo para evitar que, como ha sucedido entre nosotros varias veces, la dinámica del Estado de partidos produzca el efecto de bloquear *contra legem*, y más allá de todo plazo razonable, la renovación del Tribunal Constitucional.

Como escribió Cappelletti en su clásico trabajo sobre los jueces-legisladores, el buen Juez no es el Juez *contenido*, sino aquel que, consciente de la grandeza y de las debilidades de la función que desempeña, es capaz de discernir si las circunstancias del caso aconsejan ser cauteloso o audaz, desplegando, en consecuencia, de manera convincente, los argumentos jurídicos que procedan⁽²³⁸⁾.

⁽²³⁶⁾ *Butler v. U.S.*, 297 U.S., 1, 34; para el contexto del caso, *cfr.* Laurence Tribe, *God Save this Honorable Court. How the Choices of Supreme Court Justices Shapes our History*, Nueva York, Penguin, 1986, pp. 80-82.

⁽²³⁷⁾ M. Finkelstein, “Judicial Self-Limitation”, *Harvard Law Review*, 338 (1924), pp. 344 y ss.

⁽²³⁸⁾ Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 82.

Bien sé que anular disposiciones de una ley –no *una ley*, como se suele decir siempre, y muy raras veces, que yo sepa, ocurre– no es cuestión baladí. También soy consciente de que el carácter de la Constitución como norma-marco conlleva exigencias muy concretas dirigidas a salvaguardar el producto de la *voluntas legislatoris*. Por lo demás, nadie como el ex-presidente del Tribunal, Tomás y Valiente, supo defender con tanto énfasis, en decisiones por él firmadas como Juez constitucional, y en exposiciones públicas, el valor de la autocontención⁽²³⁹⁾. Pero lo que no logra convencerme es el intento de elevar la *self-restraint* de la jurisdicción constitucional a la condición de principio o criterio marco para la interpretación constitucional.

Dicho intento aparece en un trabajo de Antonio Troncoso, titulado “Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático”. Aunque no ha lugar a reproducir aquí en todos sus extremos una controversia que viene facilitada por nuestro trato asiduo como miembros del mismo claustro universitario, la tesis básica de dicho trabajo es que la eficacia jurídica del principio democrático exige autocontención judicial en la interpretación de las cláusulas generales cuando de los procedimientos de control de constitucionalidad se trata. La deferencia con el legislador debería ser así, a juicio de Troncoso, la *suprema lex* del Juez constitucional, a menos que se encontrara ante un supuesto de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y el texto enjuiciado, o bien cuando el parámetro de juicio no fuera una cláusula general, sino una cláusula cerrada o, con otros términos, una *regla constitucional*⁽²⁴⁰⁾.

⁽²³⁹⁾ Ejemplo de lo primero puede ser su voto particular a la STC 53/1985 (*caso despenalización del aborto*), y de lo segundo muchos de sus artículos y conferencias; como muestra puede verse el titulado “Juzgar, arbitrar, legislar”, recogido en *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 25 y ss., donde Tomás y Valiente deja constancia de que la autorrestricción “ha sido y es preocupación constante (del Tribunal), posibles errores al margen”.

⁽²⁴⁰⁾ Antonio Troncoso, “Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático”, recogido ahora en Eduardo Espín y Francisco J. Díaz Revorio (eds.), *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 399 y ss.

Dejando de lado la dificultad (reconocida por el propio Troncoso) que entraña distinguir entre cláusulas abiertas y cerradas, y al margen de que es poco probable que se dé una contradicción *manifiesta* entre Constitución y ley, el problema es, una vez más, el del punto de partida. Lo que explica el resurgimiento y la generalización en nuestros días de la (llamada) “jurisdicción de la libertad” no es el “miedo al principio democrático”, evocado por mi colega apelando a los tiempos de la revolución norteamericana, sino precisamente la desconfianza en el legislador.

Desde tal presupuesto se comprenden mejor las cautelas de la propia Constitución en materia de garantía de los derechos, cautelas que lo son *frente* al legislador: exigencia de mayoría cualificada en la reserva de ley orgánica y garantía del contenido esencial de los derechos. No hay un “núcleo menor” de contenido esencial frente al legislador y otro más exigente frente a la actividad de la Administración o la de los jueces ordinarios. El contenido esencial es uno, y es uno frente al legislador, quien encuentra precisamente ahí el límite infranqueable al contenido *legal* por él estatuido. Y a quien corresponde razonar si tal límite ha sido o no respetado, es al Tribunal Constitucional.

En último extremo se trata no de una cuestión de *conceptos*, sino de *concepciones*. La cualidad, y la calidad, democrática no es hoy mensurable según el simple criterio del “respeto a la voluntad de la mayoría”, sino con arreglo a los cánones “respeto de las minorías” y, sobre todo, “garantías de los derechos”. Entre otras cosas, porque lo primero es retórica huera si falta lo segundo. La voluntad de la mayoría se forma sobre la base de la celebración periódica, y con las debidas garantías, de elecciones libres y competitivas. De ellas surge un legislador plural, tanto más plural cuanto más genuinamente *política* sea la división territorial del poder. La idea de *una voluntad unívoca del legislador* contrapuesta a la de unos *jueces que nadie ha elegido* resulta, en definitiva, tan burda y simplista como la del *legislador proclive a vulnerar los derechos*, vigilado y contenido por los *guardianes de la Constitución*.

Si, como la historia enseña, el constitucionalismo y la democracia han tendido a presentarse en relación conflictiva, los componentes de uno y de otro confluyen hoy en un mismo ámbito conceptual cada vez más riguroso y exigente. De cara al futuro, la universalización de lo que

el constitucionalismo implica, y la generalización y profundización de lo que la democracia demanda, deberían ser, en tanto que ideales por todos compartidos, la suprema guía de conducta.

CAPÍTULO VI PROGRAMACIÓN DE LAS ASIGNATURAS Y CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE EL MODO DE EXPLICARLAS

I. EXPLICACIÓN PREVIA

Incluimos, a continuación, los programas a impartir por el área de conocimiento de Derecho Constitucional, de conformidad con el Plan de estudios de la licenciatura en Derecho, aprobado por la Universidad de Cádiz (Resolución de 22 de noviembre de 2001), y publicado en el *BOE* n° 303, de 19 de diciembre de dicho año. El nuevo Plan supone el retorno a una estructura convencional del curso académico de 9 meses, acabando con la frenética división en cuatrimestres estatuida por el Plan de 1994 (Resolución de 29 de julio, *BOE* de 24 de agosto). Las tres asignaturas troncales (Derecho Constitucional I, Derecho Constitucional II y Derecho Constitucional III) se han reagrupado ahora en las dos convencionales del período anterior a la reforma de 1994 (llamadas entonces Derecho Político I y Derecho Político II), de acuerdo con la siguiente ubicación, créditos y descripción de contenidos:

- Derecho Constitucional I: curso 1º, 9 créditos (7 teóricos y 2 prácticos), dedicados a “Teoría de la Constitución y del Estado Constitucional. La Constitución y el ordenamiento jurídico. Las fuentes del Derecho en la Constitución”.

- Derecho Constitucional II: curso 2º, 11 créditos (8 teóricos y 3 prácticos), dedicados a “Organización constitucional del Estado. El Estado autonómico. Derechos y Libertades. El Tribunal Constitucional”.

Por otra parte, el Plan vigente a partir del Año académico 2002/2003, al igual que el que se venía aplicando desde la reforma de 1994, atribuye al área de Derecho Constitucional una asignatura optativa, denominada Derecho Constitucional Comparado, con un total de 6 créditos, a razón de 4 teóricos y 2 prácticos, y un descriptor que se refiere a la “Organización constitucional e instituciones comparadas de las democracias de nuestro entorno”.

A la vista de tales directrices, la programación de las asignaturas se realiza sobre la base de la distribución de materias que llevamos practicando desde hace bastantes años, con la única salvedad del agrupamiento en dos bloques, como consecuencia de la reciente “reforma de la reforma”. Ello no obstante, y tal como ponemos de manifiesto a los alumnos al comienzo de sus estudios, concebimos los dos programas de Derecho Constitucional como un todo unitario, expresivo del contenido mínimo de conocimientos en la materia exigible a un licenciado, lo que justifica una numeración correlativa de las lecciones, que se corresponde con lo que consideramos una separación de asignaturas en buena parte ficticia, y apoyada tan sólo en las exigencias de ordenación de todo Plan de estudios.

A riesgo de ser repetitivos, insistimos en que el programa que aquí se incluye es el programa real, es decir, aquel que se viene explicando efectivamente, sobre la base de la disposición efectiva de un número de horas que es (por lo que se refiere a las asignaturas troncales) de 3 semanales en Derecho Constitucional I, y de 4 semanales en Derecho Constitucional II, durante los 9 meses (éstos sí más teóricos que reales) del curso. No es, pues, el programa ideal que uno concebiría si el tiempo, el interés de los alumnos o su grado de especialización lo permitiesen. Dicho sea todo lo anterior a modo de justificación de “ausencias” que, de no mediar los apuntados condicionamientos, podrían tenerse por llamativas.

El mismo criterio realista utilizado para programar las asignaturas, nos lleva a pensárnoslo dos veces antes de embarcarnos en las sólitas

consideraciones relativas a las técnicas y a los modos de la enseñanza del Derecho. Tras cerca de veinte años de dedicación exclusiva a la Universidad –en *esta* Universidad, con *este tipo* de estudiantes, y con nuestros particulares hábitos (por otro nombre *manías de profesor maduro*), de ya improbable erradicación– cualquier consideración al respecto corre el riesgo de oscilar lastimosamente entre el desasosiego y el cinismo. Como además tenemos por sabio consejo aquello de que, en tiempos de crisis, mejor no hacer mudanza, poco podríamos decir, salvo explayarnos sobre cuanto llevamos hecho. Para no someter la paciencia del lector a tan dura prueba, permítasenos que cubramos el trámite, haciendo sólo explícitos unos breves presupuestos metódicos que el paso de los años (académicos y naturales) han ido sedimentando en nuestro modo de ver las cosas.

II. ¿MÉTODO SOCRÁTICO O LECCIÓN MAGISTRAL?

Hace algún tiempo recuerdo haber leído una definición de la enseñanza universitaria que se quedó grabada en mi memoria. Venía a decir algo así como que dar clase es el arte de transferir información desde las notas del profesor hasta los apuntes de los alumnos, sin que tal información llegue a pasar por la mente de aquél, ni por la de éstos⁽²⁴¹⁾. La frase está escrita en tono jocosos y mueve a sonreír; pero invita también a la reflexión: ¿cuántos estudiantes valoran, por encima de cualquier otra cosa, al profesor al “que se le cogen bien los apuntes?” Y ¿cuántos profesores comprobamos, no sin cierta sensación de vértigo, que una y otra vez nos vamos encontrando ante los mismos materiales que nos sirven como base para preparar las mismas clases de las mismas asignaturas? El problema, bien lo sabemos, está en la propia concepción de lo que debe ser la clase. No tiene sentido que el alumno acuda a ella para escribir apresuradamente lo que, con toda seguridad, está ya – y mejor escrito–

⁽²⁴¹⁾ Compruebo ahora, tras larga búsqueda, que la definición aparece en el libro de John D. Barrow, *Pi in the Sky. Counting, Thinking and Being*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 41, y dice exactamente así: “lecturing is the transfer of information from the notes of the lecturer to the notes of the students without passing through the mind of either”.

en letras de imprenta; al igual que tampoco justifica su sueldo el profesor dispuesto a alentar, con sus dictados, una farsa de esa naturaleza.

El dilema entre “método socrático” y “lección magistral”, en denominaciones tan tradicionales como alejadas de la realidad, tiende a decantarse en nuestras viejas universidades del lado de la lección magistral⁽²⁴²⁾. No parece que sea ajeno a ello la peor herencia del iusPositivismo de más cortas miras, y pensamiento *dogmático* (por decirlo mediante la más flagrante de las contradicciones *in terminis*), pero entonces habría que explicar la razón por la cual el susodicho método prevalece también en ámbitos alejados de la enseñanza del Derecho⁽²⁴³⁾.

Víctor Pérez Díaz se ha esforzado por hacerlo, en un trabajo publicado mucho antes de que el debate sobre la Ley Orgánica Universitaria saturara las páginas de opinión de los periódicos con artículos del más diverso tono y autoría. En dicho trabajo, Pérez Díaz identifica dos tipos ideales de Universidad (la europea y la norteamericana), y los pone en relación con las peculiares características de cada una de las sociedades civiles de la que surgen, y en la que se hallan inmersas. Una de sus observaciones más agudas es la que contrapone el ambiente estimulante del diálogo en público, propio de las universidades norteamericanas, en las que el alumno “no tiene escape para esconderse de esta solicitud, (...) que le acostumbra a afirmar su libertad en público”, y el de nuestras

⁽²⁴²⁾ El llamado en las universidades norteamericanas *socratic method* parece que fue implantado, a partir de 1870, por el decano de la Facultad de Derecho de Harvard, y profesor de Derecho de Contratos, Christopher C. Langdell, quien es considerado, en su condición de autor del primer *case book*, como el verdadero padre de la enseñanza contemporánea del Derecho; extensas referencias en Juan A. Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, en especial, Cpt. II (“*Critical Legal Studies* y la enseñanza del Derecho”).

⁽²⁴³⁾ Por lo demás, hay que hacer la salvedad de que el llamado método socrático tampoco es incompatible con una defensa a ultranza del realismo jurídico, y con la condena de cualquier especulación que no se atenga al más riguroso Positivismo jurisprudencial; *cf.* en tal sentido las observaciones de J.H. Ely, “Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are no Different from Legislatures”, *Virginia Law Review*, 77 (1991), pp. 833 y ss.

universidades “de corte franco-español-italiano”, llenas de opacidades y distancias entre el bloque de los estudiantes, y el de los profesores. Aquí el alumno “recela de las preguntas de los profesores como amenazas e intromisiones (ilegítimas) en su territorio. Piensa que si acepta la invitación a participar, contenida en la pregunta, puede caer en una trampa”. Y concluye: “No es seguro que al estudiante en cuestión le interesen las ideas, pero si tal cosa ocurre, *lo normal es que decida que, a ese respecto, la vida (en el sentido de vida intelectual) está en otra parte*”⁽²⁴⁴⁾.

Aunque no conviene incurrir en burdas idealizaciones de los modelos foráneos, ni preconizamos fomentar entre nuestros estudiantes un espíritu agónico, del estilo *moot Court Competition* –sobre cuyas “miserias” tampoco falta literatura⁽²⁴⁵⁾– sí consideramos imprescindible la concurrencia de dos requisitos para evitar que la definición de la enseñanza universitaria, con la que comenzamos el epígrafe, pueda ser algo más que una parodia: *a)* por parte del profesor, la determinación para hacer del diálogo con los estudiantes un instrumento esencial de la técnica docente, es decir, algo que vaya mucho más allá de la rutinaria pesquisa sobre las posibles dudas o comentarios suscitados al hilo de las explicaciones; *b)* y por parte de los alumnos, la disposición para concebir la hora de clase como un espacio abierto a la reflexión en común sobre (y el afianzamiento de) las ideas ya obtenidas previamente mediante la lectura de los textos y materiales recomendados a tal propósito.

Para eso se programan asignaturas cargadísimas de contenido, en las que, por fortuna para el Derecho Constitucional, a poco que se fomente la curiosidad del observador, es fácil comprobar que la vida no está precisamente en otra parte.

⁽²⁴⁴⁾ Víctor Pérez Díaz, “Elogio de la Universidad liberal”, *Claves de Razón Práctica*, 63 (1996), pp. 2 y ss. (subrayado nuestro). Observaciones parecidas, en cuanto a la contraposición de las sociedades civiles europeas y norteamericana, y sus correspondientes modelos de Universidad, puede verse en el libro de Laurent Cohen-Tanugi, *Le Droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, París, P.U.F., 1985.

⁽²⁴⁵⁾ Remito al conocido libro de Richard Kahlenberg sobre su paso por la Facultad de Derecho de Harvard, *Broken Contract. A Memoir of Harvard Law School*, Boston, Faber and Faber, 1992.

III. ¿ENSEÑANZAS TEÓRICAS O ENSEÑANZAS PRÁCTICAS?

Una de las ventajas del reciente debate público sobre la Ley Orgánica de Universidades es haber atraído el interés de la opinión pública sobre lo que comúnmente se llama “el problema de la Universidad”. Parte de ese problema, conforme a una imagen que parece bastante consolidada, es la escasa preparación práctica para la actividad profesional con la que salen de la Universidad los licenciados. Un déficit semejante de formación práctica es lo que explicaría el éxito y el prestigio social de maestrías y títulos de experto, de la más diversa condición, pero adornados todos ellos con la aureola de lo útil.

En el caso de la enseñanza del Derecho, el debate se complica además con el problema de las exigencias establecidas para incorporarse al Colegio profesional, y ejercer la abogacía, algo que ya no atañe sólo a la mejor o peor fortuna del licenciado a la hora de “abrirse paso”, sino a la propia imagen social de una profesión, y a la calidad con que la puedan atenderse las garantías constitucionales de la defensa y asistencia jurídica de los más débiles. Sea como fuere, lo cierto es que al remedio de un estado de cosas como el descrito, tienden hoy, de manera generalizada, unos planes de estudios que suelen incluir en el itinerario curricular del alumno unas asignaturas netamente prácticas, acompañadas, en algún caso, por si éstas no lo fueran en grado suficiente, de prácticas *externas*⁽²⁴⁶⁾.

Nada puede objetarse a un empeño que, a buen seguro, mejorará la preparación de los alumnos, pero siempre y cuando el frenesí de lo práctico no lleve aparejado la descalificación más burda, y el arrinconamiento, de unos saberes teóricos, que se presentan, subliminal o manifiestamente, como inútiles. Ello supondría relegar al olvido las *orteguianas* misiones de una Universidad cada vez más degradada y volcada hacia lo pro-

⁽²⁴⁶⁾ Así ocurría con el plan de la licenciatura en Derecho de la Universidad de Cádiz, de 1994, en el que había un *practicum* interno y otro externo, y así sucede con el que ha entrado en vigor a partir del curso 2002/2003, en el que se contemplan hasta un total de 14 créditos prácticos/clínicos, descritos como “Introducción a la práctica integrada del Derecho”, y cuya organización aparece atribuida a la gran mayoría de áreas de conocimiento, incluido, claro está, el Derecho Constitucional.

ductivo⁽²⁴⁷⁾. Por eso, un autor tan sensible a las mutaciones de los gustos e inclinaciones de la mentalidad social, como Allan Bloom, prevenía hace años contra tales excesos en uno de sus libros más célebres⁽²⁴⁸⁾.

No es infrecuente, por lo demás, que los profesores universitarios tendamos a concebir las clases prácticas como una actividad de segunda categoría, apta para hacer las primeras armas en la vida académica, e ir fogueándose, a la espera de que lleguen encargos más comprometidos. Hace años la figura del profesor Ayudante llevaba la apostilla (no sé si oficial) “de clases prácticas”, y en nuestros días el uso torticero de la categoría del Asociado bastaría para acreditar que el argumento de lo práctico convoca notables recelos por parte de la Academia.

Frente a aquellos excesos, y frente a estos desenfocos, debería insistirse en lo artificioso de una separación que parece asentada más en etiquetas o en estereotipos de rol, que en una consideración detenida de lo que se echa a faltar, y lo que sobra, en nuestros planes de estudios. En el ámbito del Derecho Constitucional, la distinción entre una enseñanza teórica y otra de naturaleza práctica se nos antoja, desde luego, borrosa. Si lo que se dice es que el alumno debería salir de la Universidad sabiendo cómo redactar un recurso de amparo, entonces, seguramente hay déficit práctico.

Al fin y al cabo, las horas disponibles son las que son, y hay que seleccionar. Pero como profesor, y como ciudadano, estaría tranquilo si supiera que el licenciado recuerda bien los rasgos generales del sistema,

⁽²⁴⁷⁾ El pensamiento de Ortega sobre las misiones de la Universidad es la fuente inspiradora del bello ensayo de Rodrigo Fernández-Carvajal, *Retorno de la Universidad a su esencia*, Universidad de Murcia, 1994, que el autor subtitula “Una propuesta ingenua para la recuperación de nuestra enseñanza superior”. No muy alejadas de dicha propuesta están las consideraciones de Edgar Morin, expuestas, por ejemplo, en su libro *La mente bien ordenada*, Barcelona, Seix Barral, 2000, en especial Cpts. 7 (“Los tres grados”), y 8 (“La reforma del pensamiento”).

⁽²⁴⁸⁾ Me refiero a su exitoso *El cierre de la mente moderna*, Barcelona, Plaza y Janés, 1989, en el que preconiza una sencilla regla para la actividad universitaria (p. 266): ésta, según Bloom, “no necesita preocuparse de suministrar a sus estudiantes experiencias que puedan obtenerse en la sociedad democrática, ya las tendrán, en cualquier caso. Antes bien, debe proporcionarles experiencias que no puedan tener en ella”.

sabe dónde acudir para remediar sus lagunas u olvidos y, sobre todo, *ha desarrollado una capacidad para moverse con solvencia por los entresijos de la técnica jurídica*. Con eso, que no es poco, basta. Y el desarrollo de esa capacidad exige una enseñanza que *problematic* los postulados teóricos, los someta a la prueba de la realidad y los sitúe en su contexto. La enseñanza no es más práctica, como a veces se piensa, por apegarse al escrito forense y al laboratorio de las sentencias, sino por proporcionar un bagaje cultural de fondo, y fomentar el uso de una lógica argumentativa, que es la que, al cabo, decide la pericia de cada cual como jurista. Y todo ello nos parece así con método socrático, o con lección magistral, con créditos teóricos o con créditos prácticos, y con un Derecho Constitucional de marcada impronta teórica, o con un constitucionalismo apellidado *útil*⁽²⁴⁹⁾.

IV. ¿DOCENCIA O INVESTIGACIÓN?

El debate sobre la LOU ha traído también algunas aportaciones de interés sobre los dos ámbitos tradicionales en los que el profesor universitario consume su tiempo: la docencia y la investigación. Aquí el estereotipo está sólo al alcance de iniciados, y viene a decir que las dos actividades indicadas se están convirtiendo en algo cada vez más incompatible. Y ello hasta el extremo de que no faltan interpretaciones globales de la reforma, en las que la descalificación de la misma se basa en el desenfoque de los problemas reales en que ésta habría incurrido: el reparto de poder *ad intra*, la cuota de participación externa, y la llamada endogamia en la selección del profesor-funcionario –aspectos todos ellos en los que las innovaciones son de muy escaso calado– en lugar de un replanteamiento radical del modelo de fondo.

⁽²⁴⁹⁾ Con la rúbrica del constitucionalismo *útil*, aludo, como se adivina, a la apología de la “razón práctica” en Derecho Constitucional que lleva a cabo desde hace tiempo Miguel Herrero de Miñón, y que se concreta en las propuestas realizadas por él mismo, en los más diversos foros, sobre el uso de la Disposición relativa a los derechos históricos, para superar las *limitaciones* dimanantes del Título VIII; *cf.* su artículo “Al hilo del debate”, *El País*, 21 de enero de 1999, y últimamente la reedición de las ponencias de un curso de verano, compiladas por él mismo, junto a Ernest Lluch, bajo el título *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Barcelona, Crítica, 2001.

Conforme a esta tesis, los verdaderos males de la Universidad provienen de la fragmentación de los saberes en asignaturas, y de su concatenación en un Plan de Estudios, factores ambos que, en conjunción con otros más coyunturales, producen en el profesor un desdoblamiento esquizofrénico, entre la necesidad de explicar programas generales, de contenido básico, y las exigencias de producir investigación especializada y de calidad, que no tiene cabida en tales programas⁽²⁵⁰⁾.

El “punto ciego” de la nueva ley –se ha dicho también– reside en haber llamado “acceso” a la condición de profesor, a lo que no es sino una “promoción” interna hacia el funcionariado, mientras se favorece y alienta la contratación, al margen de todo control, de personal docente no funcionario, con un aumento significativo de las figuras que ya contemplaba la LRU⁽²⁵¹⁾. Y la razón de un proceder semejante, según tal opinión, estribaría justamente en la presión ejercida por el lobby investigador, que vería así favorecidas sus pretensiones de “rescatar” el tiempo invertido en dar clase, para concentrar sus esfuerzos en la faceta que reporta al universitario los honores y rendimientos más tangibles.

No corren, pues, tiempos favorables –si es que alguna vez los hubo– para una valoración de la función docente equiparable en prestigio a la investigadora. Y la concepción de la LOU, que es la tradicional, la de la investigación como “fundamento de la docencia” (artículo 39), parece haberse trastocado en la de la docencia como “estorbo” o impedimento para la investigación.

Una manera de ver las cosas como la descrita, tiene el mérito de diagnosticar con más o menos acierto alguno de los males que nos aquejan, pero incurre, creo, llevada por su propia inercia argumentativa, en la exageración. La pretendida incompatibilidad material entre las dos actividades puede muy bien reducirse mediante un uso racional de un tiempo de trabajo en el que la clase –y quizá hasta el período lectivo– ocupan sólo una pequeña franja. Es verdad que una clase, que pretenda ser, como

⁽²⁵⁰⁾ Ignacio Sotelo, “La reforma imposible”, *El País*, 11 de diciembre de 2001.

⁽²⁵¹⁾ Julio Carabaña, “El ‘punto ciego’ de la Ley de Universidades”, *Claves de razón práctica*, 119 (2002), pp. 32 y ss.

se ha dicho, un acto de creación irreplicable, necesita (aparte de interés y hasta entusiasmo por lo que se hace) conocimientos actualizados y estrategia, algo que sólo se logra a base de tiempo de estudio⁽²⁵²⁾. Pero, como tenemos por cierta la observación de que sólo se aprende aquello que se ha enseñado, triste conclusión sería renunciar a buscar un equilibrio adecuado entre las dos tareas, sobre todo en un campo como el nuestro, donde los perfiles de la investigación, como algo diferenciado de los que corresponden al estudio, están muy lejos de ser claros⁽²⁵³⁾.

En el logro de ese equilibrio, ante las incertidumbres del trabajo intelectual, radica una de las claves de la conquista de la felicidad (por decirlo a la manera de Bertrand Russell), y está además el mejor antídoto para no quedar atrapado en las temibles redes de la obsesión egocéntrica.

⁽²⁵²⁾ Cfr. A. Heredia Bayona y M. Quesada Felice, "I + d: una reflexión sobre la docencia en la Universidad", *El País*, 12 de julio de 2001.

⁽²⁵³⁾ Cfr. Julio Carabaña, "El punto ciego... ..", cit., p. 41: "en las carreras de humanidades y en las dedicadas a la formación de profesionales, en Derecho, Filosofía, Filología, Trabajo Social o Magisterio, hablar de investigación es pura metonimia, como tendrá que reconocer todo el que haya tenido alguna vez la surrealista experiencia de rellenar los impresos (objetivos, estado de la cuestión, hipótesis, métodos, resultados esperados, aplicaciones) para solicitar fondos para un estudio en estas áreas".

CAPÍTULO VII PROGRAMA DE CURSO

DERECHO CONSTITUCIONAL I

Lección 1ª.

El Derecho Constitucional como disciplina académica

Nociones preliminares: el Derecho y la Política. Derecho Público y Derecho Privado. Concepto y contenido del Derecho Constitucional. Las dimensiones positiva y valorativa de nuestra asignatura.

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y DOCTRINALES DEL CONSTITUCIONALISMO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Lección 2ª.

El Estado como forma de organización política

La dominación política y la “historicidad” del fenómeno estatal. Constitucionalismo “antiguo” y formas de dominación política. Las relaciones políticas feudales. Presupuestos socioeconómicos del Estado moderno. Bases teórico-políticas: Maquiavelo y la razón de Estado; Bodino y la idea de soberanía; Hobbes y el contrato social. El Estado absolutista.

Lección 3ª.
Teoría de la Constitución (I)

Génesis teórica del Estado liberal y “revolución” constitucional. El concepto “prescriptivo” de Constitución. Los conceptos alternativos: histórico, sociológico, “decisionista”, jurídico-formal. Praxis constitucional y clasificación ontológica de las constituciones. Hacia un concepto actual de Constitución. Constitución y sistema de valores.

Lección 4ª.
Teoría de la Constitución (II)

Poder constituyente y rigidez constitucional. La dinámica del poder constituyente. La Constitución en el tiempo: poder constituyente y poder de reforma. Reforma y mutación de la Constitución. La costumbre y las convenciones constitucionales.

Lección 5ª.
Teoría de la Constitución (III)

Defensa ordinaria y defensa extraordinaria de la Constitución. El control de constitucionalidad de las leyes y los modelos de control: control difuso y control concentrado. De los modelos de control a la praxis: la interpretación de la Constitución y las decisiones de la justicia constitucional como fuente del Derecho.

Lección 6ª.
Evolución del Estado constitucional:
Del Estado liberal de Derecho al Estado social y
democrático de Derecho

Notas características del Estado liberal de Derecho. Constitucionalismo y *Rechtsstaat* (“Estado de Derecho”). La crisis del Estado liberal y sus alternativas. El Estado social y la intervención pública

en la vida económica. Las generaciones de los derechos y la fórmula “Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1.1 de la CE de 1978) La participación política y la representación en el “Estado de partidos”.

Lección 7ª.

El Estado constitucional y la distribución (horizontal y vertical) del poder

Formas de Estado y formas de gobierno: los sistemas presidencial, parlamentario y de asamblea. Las formas de reparto territorial del poder. El Estado unitario. El Estado federal: notas características y tendencias actuales del federalismo. El Estado regional. Los fundamentos del Estado autonómico.

Lección 8ª.

El Estado constitucional y la integración supranacional

El Derecho Constitucional en la hora de la integración supranacional. La globalización y su proyección jurídica. La defensa internacional de los derechos. La integración europea: evolución y rasgos básicos de organización de la Unión Europea. Soberanía estatal y ciudadanía europea. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión. El (largo) camino hacia la constitucionalización de la Unión.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

A) LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

Lección 9ª.

La fundación del nuevo Régimen constitucional

El constitucionalismo histórico español: nociones generales. El desarrollo del proceso constituyente y sus características. Aspectos generales y estructura de la Constitución de 1978.

Lección 10ª.

La Constitución como fuente del Derecho

La Constitución, norma fundamental: parte dogmática y parte orgánica; la fuerza derogatoria de la Constitución. Alcance y contenido del carácter de norma fundamental. Los valores y principios constitucionales. La influencia de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Lección 11ª.

La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho

El establecimiento de un sistema de fuentes formales. Normas primarias y normas secundarias. Principio de jerarquía y principio de competencia. La ley como norma primaria. Concepto de Ley. Forma y fuerza de la Ley. La subordinación de los reglamentos a la Ley.

Lección 12ª.

**La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho:
Los Tratados Internacionales**

Los Tratados Internacionales: problemática de su inserción en el ordenamiento jurídico. Tratados que interpretan normas constitucionales. Tratados que ceden soberanía. Las normas comunitarias y su eficacia en el Derecho interno español.

Lección 13ª.

**La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho:
Las normas con forma de ley**

Las Leyes Orgánicas: concepto y requisitos; materia orgánica y materia conexa. Los Estatutos de Autonomía como subtipo especial de leyes orgánicas. Las Leyes delimitadoras de competencias y las leyes de armonización. El bloque de la constitucionalidad. Las Leyes ordinarias. Ley estatal y Ley autonómica. *La primacía relativa del derecho estatal y el problema de la concurrencia (remisión).*

Lección 14ª.

**La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho:
Las normas con fuerza de ley**

Los Decretos Leyes: concepto y requisitos; convalidación de los Decretos-Leyes. Los Decretos Legislativos: concepto, clases y requisitos. Los llamados Decretos *ultra vires*. Decretos-Leyes y Decretos Legislativos en el ámbito autonómico.

Lección 15ª.

**La protección de la Constitución:
Justicia constitucional y reforma de la Constitución**

El Tribunal Constitucional: naturaleza, composición y estructura. La organización del control de constitucionalidad de las leyes: control previo, recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad. Los conflictos entre órganos constitucionales. *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (remisión)*. *La defensa de la autonomía local (remisión)*. *El recurso de amparo (remisión)*. Los efectos de las sentencias constitucionales. *La protección extraordinaria de la Constitución (remisión)* La reforma de la Constitución y los niveles de reforma en la CE.

DERECHO CONSTITUCIONAL II

**B) LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA
DELIMITADORA DEL PODER POLÍTICO:
LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA**

Lección 16ª.

La Corona

La monarquía parlamentaria y la posición del Rey en el ordenamiento constitucional. Funciones y competencias del Rey. El refrendo de los actos regios. Sucesión de la Corona, regencia y tutela.

Lección 17ª.
Las Cortes Generales y el sistema electoral

El procedimiento electoral y su organización. Las garantías jurisdiccionales. Gastos y subvenciones electorales.

Lección 18ª.
Las Cortes Generales (I)

Composición y estructura de las Cortes Generales. Las prerrogativas de las Cortes y las prerrogativas de los parlamentarios. El trabajo parlamentario y su estructuración. Organización de las cámaras: órganos de gobierno y funcionamiento; los grupos parlamentarios; la Diputación Permanente.

Lección 19ª.
Las Cortes Generales (II)

Las funciones de las Cortes. La función legislativa y su procedimiento. Función financiera y potestades tributaria y presupuestaria. La función de control y la responsabilidad política del Gobierno. Instrumentos de control parlamentario. La moción de censura. La cuestión de confianza.

Lección 20ª.
El Gobierno

Composición y estructura del Gobierno. Estatuto del presidente y de los miembros del Gobierno. Formación y cese del Gobierno. El funcionamiento del Gobierno. Las funciones del Gobierno. La dirección de la política. La defensa del Estado. La dirección de la Administración. Funciones ejecutiva y reglamentaria.

Lección 21^a.
La Administración Pública

Principios constitucionales relativos a la Administración Pública. Administración Pública y Estado Autonomico. Administración Pública y Régimen Local. La Administración militar. La Administración Consultiva. El control de la Administración (control jurisdiccional y control orgánico)

Lección 22^a.
El Poder Judicial

Poder Judicial y función jurisdiccional. La posición del Juez y el estatuto de jueces y magistrados. La estructura del Poder Judicial. El reflejo del Estado Autonomico. El Gobierno del Poder Judicial. El Ministerio Fiscal.

**C) LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA DE
DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER POLÍTICO:
EL ESTADO AUTONÓMICO**

Lección 23^a.
El Estado Autonomico: aspectos generales

La forma territorial del Estado en la Constitución. La Autonomía local y su defensa ante el Tribunal Constitucional. La Autonomía de nacionalidades y regiones. Los principios del Estado Autonomico y caracteres del derecho a la autonomía. Vías de acceso y tipos de autonomías. La ordenación del proceso autonomico. La culminación –¿por ahora?– del proceso autonomico. Los Estatutos de Autonomía y su reforma.

Lección 24^a.
El Estado Autonomico: aspectos políticos

La organización de las Comunidades Autónomas (CCAA). El sistema de gobierno de las CCAA. Asambleas y Gobiernos Autonomicos.

La Administración de Justicia. La organización territorial. Organización territorial y territorios forales. La autonomía financiera de las CCAA. La financiación de las CCAA.

Lección 25ª.

El Estado Autonómico: aspectos jurídicos (I)

El reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución. Los niveles competenciales. Noción y características de “bases”. Otros supuestos de ámbitos compartidos. Competencias ejecutivas. El desarrollo del proceso autonómico por los Estatutos. Estado Autonómico y Unión Europea.

Lección 26ª.

El Estado Autonómico: aspectos jurídicos (II)

Ordenamiento estatal y ordenamiento autonómico: sus relaciones. El artículo 150 de la Constitución y sus problemas. Los principios de coordinación y cooperación. Los conflictos de competencias y sus vías resolutorias.

**D) LA CONSTITUCIÓN COMO
NORMA GARANTIZADORA DE LIBERTAD**

Lección 27ª.

**Los derechos y deberes fundamentales del
Título I de la Constitución**

El concepto de derecho fundamental. La clasificación de los derechos. La interpretación de los derechos. Los límites de los derechos. La titularidad de los derechos; los derechos de los extranjeros; el derecho de asilo y la condición de refugiado; los nacionales de los Estados miembros de la UE. Concepto de deber constitucional. Los servicios civiles de interés general. Los deberes tributarios.

Lección 28ª.

Las garantías de los derechos

Clasificación de los derechos por sus garantías. Las garantías genéricas: reserva de ley y respeto del contenido esencial. La protección judicial de los derechos. La protección penal. El amparo judicial. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La protección internacional. El Defensor del Pueblo como garante de los derechos.

Lección 29ª.

La cláusula general de igualdad

El principio de igualdad y su proyección constitucional. El contenido del principio de igualdad. La prohibición de discriminación. Las categorías sospechosas de discriminación. La llamada discriminación positiva.

Lección 30ª.

El derecho a la vida y a la integridad física y moral

La titularidad del derecho a la vida. La legitimidad para poner fin a la vida. El concepto de integridad física y moral. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Lección 31ª.

Los derechos de la libertad personal

El derecho a la libertad personal. La detención preventiva y la condena penal. Garantías constitucionales. El procedimiento de “habeas corpus”. La prisión provisional. La potestad sancionadora de la Administración. Las libertades de residencia y desplazamiento.

Lección 32ª.

Los derechos referentes a la intimidad de la persona

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. La inviolabilidad del domicilio. El secreto de las comunicaciones. El derecho a contraer matrimonio. Matrimonio y Uniones de hecho.

Lección 33ª.

Las libertades ideológicas y religiosa

Libertad ideológica y libertad religiosa: perfiles diferenciales. La libertad religiosa y la libertad de cultos. El carácter aconfesional del Estado y las relaciones de cooperación. Los acuerdos con la Santa Sede y con otras confesiones religiosas.

Lección 34ª.

Las libertades de expresión e información

Los diversos contenidos de las libertades de expresión e información. La creación de medios de comunicación. La libertad de información como garantía institucional y sus límites. La prohibición de censura previa. Cláusula de conciencia y secreto profesional de los periodistas. Libertades de producción y creación literaria, artística, científica y técnica. La libertad de cátedra.

Lección 35ª.

Los derechos políticos

Los derechos de reunión y asociación. Partidos políticos y sindicatos. El derecho a participar en los asuntos públicos. El sufragio activo y pasivo. El derecho de acceso a los cargos públicos. El derecho de petición.

Lección 36ª.

El derecho a la tutela judicial

El libre acceso a los jueces y tribunales. El derecho a obtener una resolución. El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y el derecho al recurso. El derecho al Juez ordinario predeterminado por la

ley. Las garantías constitucionales del proceso penal. La presunción de inocencia. Los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal.

Lección 37^a.
El derecho a la educación

La libertad de enseñanza y el derecho a la educación. El derecho de los padres y la gratuidad de la enseñanza. La creación de centros docentes. La autonomía universitaria.

Lección 38^a.
Los derechos de ámbito laboral

La libertad de sindicación. Derecho a la negociación y al conflicto colectivo. El derecho de huelga. El cierre patronal. El derecho al trabajo. Los colegios profesionales.

Lección 39^a.
Los derechos en los ámbitos económico y social

El derecho a la propiedad privada y a la herencia. La libertad de empresa. El derecho de fundación. Los principios rectores de la política social y económica: una tipología de los derechos del Capítulo III del Título Primero de la Constitución, su contenido y su problemático valor jurídico.

Lección 40^a.
**La suspensión de los derechos y libertades
(protección extraordinaria de la Constitución)**

Las situaciones excepcionales: los estados de alarma, excepción y sitio. La suspensión individual: El artículo 55,2 de la Constitución. La situación excepcional en el Estado Autonomico.

DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Lección 1ª.

El Derecho Constitucional Comparado como disciplina académica

La comparación en el campo de las ciencias jurídicas: objeto y método. Utilidad de la comparación en el Derecho Constitucional. Derecho Constitucional Comparado y Sistemas políticos comparados.

Lección 2ª.

Formas de Estado y sistemas de gobierno (I)

Formas de Estado, sistemas de gobierno, sistemas políticos. Forma de Estado y reparto territorial del poder: el Estado de estructura unitaria y el Estado compuesto. Teoría del Estado federal y rasgos distintivos con respecto a figuras afines. El reparto de competencias y el proceso federal. Federalismo cooperativo y federalismo fiscal. La Unión Europea: federalismo y subsidiariedad.

Lección 3ª.

Formas de Estado y sistemas de gobierno (II)

Formas de Estado y separación de poderes: los sistemas de gobierno parlamentario, presidencial y de asamblea. El régimen parlamentario: orígenes y modelos históricos. El parlamentarismo clásico y su recepción continental. Las monarquías parlamentarias. El parlamentarismo racionalizado: Alemania y la democracia “de canciller”. El caso italiano. Fórmulas electorales, sistemas de partidos y régimen parlamentario. El gobierno de asamblea: la Confederación helvética.

Lección 4ª.

Formas de Estado y sistemas de gobierno (III)

El régimen presidencial y el constitucionalismo “original” de los Estados Unidos. La elección del Presidente. El reparto de funciones

entre el Presidente y el Congreso. El Presidente y los poderes de guerra. El impacto del 11 de septiembre. La difusión del régimen presidencial: los regímenes iberoamericanos. El régimen semi-presidencial: Francia, Portugal y Finlandia.

Lección 5ª.

Los modos de producción jurídica y la función jurisdiccional

Sistemas de derecho consuetudinario (*common law*) y sistemas de derecho continental (*civil law*): las razones históricas de una contraposición y las causas de su aproximación actual. El precedente judicial y la legislación en los sistemas de *common law*. Auge y decadencia de la codificación en los sistemas continentales. La organización del Poder Judicial y el gobierno de los jueces desde la perspectiva comparada. La “expansión judicialista” en las democracias contemporáneas.

Lección 6ª.

La aplicación de la Constitución y la Justicia Constitucional

El modelo de control difuso y la polémica sobre el papel del Tribunal Supremo norteamericano en la adaptación de la Constitución. Formación del sistema en Europa y difusión en la segunda posguerra: los modelos europeos de control concentrado. El control preventivo: la Justicia constitucional en Francia. Justicia constitucional y defensa de los derechos: los modelos de incorporación del derecho y la jurisprudencia transnacionales.

MIGUEL REVENGA

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA (*)

ACKERMAN, B., *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

– *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999.

AGUILERA FERNÁNDEZ, A., “Derecho Constitucional y ‘Derecha divina’”, *Leviatán*, 70 (1997), pp. 5 y ss.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

– “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 173 y ss.

AJA, E., y GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “Conclusiones Generales” a *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

(*) Las obras que incluyo a continuación son las efectivamente utilizadas en la elaboración del Proyecto. No es, pues, una bibliografía para la enseñanza del Derecho Constitucional, un Apartado que suele incluirse en los Proyectos, “engordando” a estos, a mi juicio, con utilidad bastante dudosa. Me contento con remitir aquí a la obra dirigida por Espín Templado y González-Trevijano, *Constitución española. 20 años de bibliografía*, Madrid, CEPC, 1998, si bien soy consciente de que los cinco años transcurridos desde la publicación impiden que hoy sea el “repertorio completo, ordenado y sistemático” al que los coordinadores, según dicen en la Introducción, aspiraron en su momento.

- AMUCHÁSTEGUI, J., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.
- ALZAGA, O., “Razón de ser”, *Teoría y Realidad constitucional*, nº 1.
- ARENDT, H., *On Revolution*, Londres, Faber and Faber, 1963.
- ARISTÓTELES, *La Política*, edición de JULIO PALLÍ, Barcelona, Bruguera, 1974.
- AUSTIN, A., “Footnotes as Product Differentiation”, *Vanderbilt Law Review*, 40 (1987), pp. 1131 y ss.
- BARBERA, A., y otros, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1998.
- BARROW, J.D., *Pi in the Sky. Counting, Thinking and Being*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- BELLAH, R., *The Broken Covenant. American Civil Religion in Time of Trial*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.
- BELLAMY, R., ed., *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and Europe Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996.
- BERLIN, I., “El juicio político”, en *El sentido de la realidad. Sobre las ideas y su historia*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 94-95.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- BLANCO VALDÉS, R., *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994.
- BLOOM, A., *El cierre de la mente moderna*, Barcelona, Plaza y Janés, 1989.
- BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milán, Ed. di Comunità, 1972.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 37 y ss.

- BODINO, J., *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1986.
- BORK, R., *The Tempting of America. The Political seduction of the Law*, Nueva York, Simon and Schuster, 1990.
- BOWERSOCK, G.W., “The Art of the Footnote”, *The American Scholar*, 52-53 (1983/84), pp. 54 y ss.
- BURKE, E., *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978.
- BURT, R., “Constitutional Law and the Teaching of Parables”, en *Yale Law Journal*, 93 (1984), pp. 455 y ss.
- BURTON, H., “*Marbury v. Madison*: The Cornerstone of Constitutional Law”, en CHOPPER, J., *The Supreme Court and Its Justices*, Chicago, American Bar Association, 1987, pp. 14 y ss.
- CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1978.
- “¿Por qué es importante Dworkin?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2 (1985), pp. 159 y ss.
- CAPPELLETTI, M., *Giudici legislativi?*, Milán, Giuffrè, 1984.
- CARABAÑA, J., “El ‘punto ciego’ de la Ley de Universidades”, *Claves de razón práctica*, 119 (2002) pp. 32 y ss.
- CARBONELL, M., (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Carlyle, A.J., *La libertad política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la theorie générale de l’Etat*, París, reimpr. CNRS, 1992.
- CASANOVAS, P. y MORESO, J., (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.
- CASCAJO CASTRO, J. L., “Constitución e interpretación constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, 138 (2003), pp. 18 y ss.

- CASPER, G., “Constitutionalism”, en LEVY, L., KARST, K. y MAHONEY, D., (eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Nueva York, MacMillan, 1986, vol. 2, pp. 473 y ss.
- COSTA P. y ZOLO D. (eds.), *Lo Stato di Diritto. Storia, teoría, critica*, Milán, Feltrinelli, 2002
- CONSTANT, B., *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Turín, Einaudi, 2001.
- CHELI, E., *Il Giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bolonia, Il Mulino, 1996.
- CLAVERO, B., *Los derechos y los jueces*, Madrid, Cívitas, 1988.
- *Tomas y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè, 1996.
 - “Imperio de la ley y *rule of law*: tópica y léxico constitucionales”, en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 181 y ss.
- COHEN-TANUGI, L., *Le Droit sans l’Etat. Sur le démocratie en France et en Amérique*, París, P.U.F., 1985.
- COMPAGNA, L., *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bolonia, Il Mulino, 1998.
- CORCUERA, J., “El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- CORWIN, E., “The Constitution as Instrument and as Symbol”, *American Political Science Review*, 30 (1936), pp. 1071 y ss.
- *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1955.
- COSTA, P. y ZOLO, D., *Lo Stato di diritto. Storia, teoría, critica*, Milán, Feltrinelli, 2002.
- CROSSA, E., “Il concetto di Costituzione nell’antiquità classica e la sua modernità”, en *Studi di Diritto Costituzionale in Memoria di Luigi Rossi*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 97 y ss.

- DAHL, R., “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, *The Journal of Public Law*, 6 (1957), pp. 279 y ss.
- DE CARRERAS, F., “Prólogo” a BARCELÓ, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Madrid, Civitas, 1991.
- DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Universidad Complutense, 1990.
- DE OTTO, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- “La sujeción del Juez al ordenamiento jurídico”, en *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 66 y ss.
- DE RUGGIERO, G., *Historia del Liberalismo europeo*, Madrid, Pegaso, 1944.
- DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, 100 (1998), pp. 13 y ss.
 - “El tránsito del Positivismo jurídico al Positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 1 (1998), pp. 65 y ss.
- DENNINGER, E., “Constitutional Law between Statutory Law and Higher Law”, en PIZZORUSSO, A., (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Berlín, Springer-Verlag, 1988, pp. 103 y ss.
- DESHOWITZ, A., *Supreme Injustice*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.
- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Edicusa, 1966.
- *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.

- DOGLIANI, M., *Introduzione al Diritto Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- DORF, M., y TRIBE, L., *On Reading the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- DUGUIT, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, edición al cuidado de PABLO PÉREZ TREMPES, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- ELSTER, J., “Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris”, *Cardozo Law Review*, 14 [1993], pp. 549 y ss.
- ELY, J.H., “Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World Where Courts Are no Different from Legislatures”, *Virginia Law Review*, 77 (1991), pp. 833 y ss.
- ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961.
- ESTEVEZ ARAUJO, J.A., *Schmitt en Weimar. La crisis del Estado de Derecho liberal*, Barcelona, Ariel, 1989.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., (coord.) *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, UNED, 1978.
- FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1979.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989.
- *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, Anabasi, 1995.
 - “Beyond sovereignty and citizenship: a global constitutionalism”, en BELLAMY, R., ed., *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and Europe Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, pp. 151 y ss.
 - *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

- FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- FINKELSTEIN, M., “Judicial Self-Limitation”, *Harvard Law Review*, 338 (1924), pp. 344 y ss.
- FIORAVANTI, M., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, Giappichelli, 1993.
- *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.
- FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GARAPON, A., *Le gardien des promesses*, París, Odile Jacob, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Cívitas, 1981.
- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994.
- GARCÍA-PELAYO, M., “Hacia el surgimiento del Estado moderno”, en *Idea de la política y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 133 y ss.
- GARRORENA MORALES, A., “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51 (1997), pp. 37 y ss.
- “Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 1 (1998), p. 43.
- GOLDSTENE, P., *The Collapse of Liberal Empire*, New Haven, Yale University Press, 1977.
- GOODHART, A., *Law of the Land. Magna Charta Essays*, Charlottesville, The University Press of Virginia, 1966.
- GÓMEZ ARBOLEYA, E., *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

- GROSSI, P., “El punto y la línea. Historia del Derecho y Derecho Positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo”, Lección magistral en el acto solemne de investidura como doctor *honoris causa*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998.
- GUARNIERI, C., y PEDERZOLI, P., *La democrazia giudiziaria*, Bolonia, Il Mulino, 1997.
- HÄBERLE, P., “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1 (1993), pp. 149 y ss.
- “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución” en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.
 - *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Madrid, Trotta, 1998.
 - *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001.
- HABERMAS, J., “Diritto Naturale e Rivoluzione”, en *Prassi politica e teoria critica della società*, Bolonia, Il Mulino, 1973.
- *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milán, Guerini, 1996, p. 301.
 - *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HAMILTON, W., “Constitutionalism”, en SELIDMAN, E.A., et al. (eds.), *Encyclopedia of the Social Sciences*, Nueva York, MacMillan, 1931, pp. 255 y ss.
- HELLER, H., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942.
- “Estado de Derecho o Dictadura”, en *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 283 y ss.

- *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milán, Giuffrè, 1987.
- HEREDIA BAYONA, A., y QUESADA FELICE, M., “I+d: una reflexión sobre la docencia en la Universidad”, *El País*, 12 de julio de 2001.
- HERRERO DE MIÑÓN, M., “Al hilo del debate”, *El País*, 21 de enero de 1999.
- HERRERO DE MIÑÓN, M., y LLUCH, E., *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Barcelona, Crítica, 2001.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- IHERING, R., *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1978.
- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979.
- JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1978.
- *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Contra la Constitución material”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1987, vol. I, pp. 42 y ss.
- KAEGI, W., *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurich, 1945.
- KAMMEN, M., *A Machine that would go by Itself. The Constitution in American Culture*, Nueva York, Alfred Knopf, 1986.
- KELLY, J.M., *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bolonia, Il Mulino, 1996.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1981.
- *Esencia y valor de la Democracia*, México, Editora Nacional, 1980.
- KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

LABAND, P., *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, Giard e Brière, 1900.

LARENZ, K., *Storia del metodo nella Scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1966.

LA TORRE, M., “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 16 (1993), pp. 67 y ss.

- “Un jurista en el crepúsculo de Weimar. Política y Derecho en la obra de Hermann Heller”, Estudio preliminar a HELLER, H., *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, Pretextos, 1996.
- “Patologías del comunitarismo. Rudolf Smend y la teoría de la integración”, Ponencia presentada al Simposio *Literatura y política en la época de Weimar*, organizado por la Universidad de Salamanca, 1997.
- “Il potere ambiguo. La figura del giudice tra la democrazia francese e il Rechtsstaat tedesco”, *Sociología del diritto*, 2 (1999), pp. 37 y ss.

LEIBHOLZ, G., “La formazione dei concetti nel Diritto Pubblico”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* (1931), pp. 269 y ss.

- *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Milán, Giuffrè, 1996.

LEVINSON, S., *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton Un. Press, 1988.

LLEWELLYN, K., “The Constitution as an Institution”, *Columbia Law Review*, XXXIV (1934), pp. 2 y ss.

LÓPEZ GUERRA, L., “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, 6 [1980], pp. 17 y ss.

- “Las constituciones europeas en el momento actual”, “Introducción” a *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, ed. de GERMÁN GÓMEZ ORFANEL, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE/CEPC, 1998.

- *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra editores, 2001.

- LÓPEZ ULLA, J.M., *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999.

- LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y Política constitucionales*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984.

- *La lucha contra el Positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

- *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1976.

- LUCKÁCS, G., *El asalto a la razón*, Barcelona Grijalbo, 1976.

- LUHMANN, N., “La Costituzione come conquista evolutiva”, en ZAGREBELSKY, PORTINARO y LUTHER, eds., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 5 y ss.

- MACCORMICK, N., “La morale istituzionale e la costituzione”, en MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., *Il diritto come istituzione (a cura di Massimo La Torre)*, Bolonia, Seminario Giuridico della Università di Bologna, 1992, pp. 213.

- MCILWAIN, C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, 1940.

- *The Growth of Political Thought in the West*, Nueva York, MacMillan, 1932.

- MANN, T., *La Montaña Mágica*, Barcelona, Plaza y Janés, 1989.

- MARGIOTTA, C., “Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e Positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XXX (2000), pp. 387 y ss.

- MARTÍN RETORTILLO, L., recensión a LABAND, P., *Derecho Presupuestario*, en *Revista de Administración Pública*, 96 (1981), pp. 439 y ss.

- MATTEUCCI, N., “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Procesuale Civile*, 1963, pp. 985 y ss.

- *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Turín, UTET, 1988.
- “La Costituzione Statunitense e il Moderno Costituzionalismo”, en BONAZZI, T., (ed.), *La Costituzione Statunitense e il suo significato odierno*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 29 y ss.
- MAYER, A.J., *La persistencia del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza, 1981.
- MERKL, A., “Idee und Gestalt des Rechtsstates”, en *Festschrift für Hans Kelsen zum 90 Geburtstag*, Viena, Deuticke, 1971.
- MORIN, E., *La mente bien ordenada*, Barcelona, Seix Barral, 2000.
- MORODO, R., *Atando Cabos*, Madrid, Taurus, 2001.
- NEGRI, A., *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, 1994.
- NEUMANN, F., *The rule of Law. Political theory and the Legal system in modern society*, Heilderberg, Berg Publishers, 1986.
- NIEMEYER, G., “Prólogo” a HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1942.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- NIETO, A., y FERNÁNDEZ, T.-R., *El Derecho y el revés*, Barcelona, Ariel, 1998.
- OPPENHEIM, F., *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, Madrid, Tecnos, 1987.
- ORRÙ, G., *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milán, Giuffrè, 1988.
- PAINE, T., *Derechos del Hombre*, Madrid, Alianza, 1984.
- PAOLETTI, G., Introducción a CONSTANT, B., *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Turín, Einaudi, 2001.
- PECES BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

- “Epílogo” a *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
 - “La Constitución y la seguridad jurídica”, *Claves de Razón Práctica*, 138 (2003), pp. 4 y ss.
- PÉREZ DÍAZ, V., “Elogio de la Universidad liberal”, *Claves de Razón Práctica*, 63 (1996), pp. 2 y ss.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.
- PÉREZ ROYO J., “Una anomalía española. La aversión a la reforma constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, 138 (2003), pp.10 y ss.
- PINELLI, C., en VV. AA., *Il metodo nella Scienza del Diritto Costituzionale*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 110 a 113.
- POMARICI, U., “La teoría dell’integrazione in Rudolf Smend”, *Democrazie e Diritto*, XXII (1982), pp. 119 y ss.
- POPPER, K., “Acerca de las llamadas fuentes del conocimiento”, en *En búsqueda de un mundo mejor*, Barcelona, Paidós, 1994, pp. 71 y ss.
- PORTINARO, P.P., “Il grande legislatore e il custode della Costituzione”, en ZAGREBELSKY, PORTINARO y LUTHER, eds., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 5 y ss.
- “Dal custode della Costituzione alla Costituzione dei custodi”, en GOZZI, G., (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 401 y ss.
- PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (dirs.) *La Constitución española de 1978*, Madrid, Cívitas, 1980.
- PREUSS, U., “The Political Meaning of Constitutionalism”, en BELLAMY, R., ed., *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and Europe Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996, pp. 11 y ss.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontanara, 1999.

- RADBRUCH, G., *Introduzione alla scienza del diritto*, Turín, Giappichelli, 1961.
- RAMÍREZ, M., (dir.) *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1979.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.
- REBUFFA, G., “Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, X (1980), pp. 212 y ss.
- *Costituzione e costituzionalismi*, Turín, Giappicheli, 1990.
- REDOR, M.-J., “L’Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle”, *Droits*, 15 [1992], pp. 91 y ss.
- REID, J.P., *Constitutional History of the American Revolution*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1986-1993.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “Laband y el Derecho presupuestario del Imperio alemán”, “Estudio preliminar” a LABAND, P., *Derecho Presupuestario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- RODRÍGUEZ SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- ROMANO, S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1969.
- RUBIO LLORENTE, F., “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35 (1992), pp. 9 y ss.
- recensión a “El Derecho ductil”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40 (1994), pp. 427 y ss.
- “Prólogo” a RUBIO LLORENTE, F., (dir.) *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

- SABINE, G., *Historia de la teoría política*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1987.
- SAVAGE, D., *Turning Right. The Making of the Rehnquist Supreme Court*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1992.
- SCACCIA, G., *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991.
- SIEYÈS, E., *Qué es el Tercer Estado*, ed. de FRANCISCO AYALA, Madrid, Aguilar, 1973.
- SMEND, R., “Ciudadano y burgués en el derecho político alemán”, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 254 y ss.
- SOLAR CAYÓN, J. I., *Política y Derecho en la era del New Deal. Del formalismo al pragmatismo jurídico*, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2002.
- SOSA WAGNER, F., *Maestros alemanes del Derecho Público (I)*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- SOTELO, I., “La reforma imposible”, *El País*, 11 de diciembre de 2001.
- SPADARO, A., *Contributo per una teoría della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milán, Giuffrè, 1994.
- “Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo ‘relanzionista’ nel diritto costituzionale)” en VV. AA., *Il metodo nella Scienza del Diritto Costituzionale*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 157 y ss.
- “Dalla Costituzione come atto (puntuale nel tempo) alla Costituzione come processo (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, *Quaderni Costituzionali*, 3 (1998), pp. 343 y ss.

- STOURTH, G., “Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century”, en BALL, T. y POCOCK, J.G., eds., *Conceptual Change and the Constitution*, Boston, Lawrence Kass, 1988, pp. 32 y ss.
- SUNSTEIN, C.R., *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990.
- *Legal Reasoning and Political Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.
 - “Constitutional Agreement Without Constitutional Theories”, *Ratio Iuris*, 13 (2000), pp. 117 y ss.
- SUNSTEIN, C., y EPSTEIN, R., *The Vote: Bush, Gore and the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1998.
- TOMÁS VILLARROYA, J., “La dirección dogmática en el Derecho Público”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 731 y ss.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “Constitución”, en DÍAZ, E. y RUIZ MIGUEL, A., (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10.
- “La resistencia constitucional y sus valores”, *Doxa*, 15-16 (1994), pp. 635 y ss.
 - “Juzgar, arbitrar, legislar”, en *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 25 y ss.
- TRIBE, L., *God Save this Honourable Court. How the Choices of Supreme Court Justices Shapes our History*, Nueva York, Penguin, 1986.
- *American Constitutional Law*, Mineola, The Foundation Press, 1988.
- TRIEPEL, H., *Derecho público y política*, Madrid, Cívitas, 1974.
- TRONCOSO REIGADA, A., “Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático”, en ESPÍN, E., y DÍAZ REVORIO, J., (eds.),

- La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 399 y ss.
- TROPER, M., *Pour une Théorie juridique de l'Etat*, París, PUF, 1994.
- TUSHNET, M., *Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.
- *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- VALLESPÍN, F., “Habermas en doce mil palabras”, *Claves de Razón Práctica*, 114 (2001), pp. 53 y ss.
- VAN CAENEGEM, R.C., *I Signori del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1991.
- VOLPE, G., *L'ingiustizia delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1977.
- WEBER, M., *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WECHSLER, H., “The Issues of the Nuremberg Trial” (1946), en *Principles, Politics and Fundamental Law. Selected Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 1961, pp. 138 y ss.
- WELZEL, H., “El problema de la validez del Derecho (una cuestión límite del Derecho)”, en *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1961, pp. 72 y ss.
- WOODWARD, B., y ARMSTRONG, S., *The Brethren*, Nueva York, Simon & Schuster, 1979.
- ZAGREBELSKY, G., “Storia e Costituzione”, en ZAGREBELSKY, PORTINARO y Luther, eds., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 35 y ss.
- “Introducción” a la traducción italiana de SMEND R. *Costituzione e Diritto Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1988.
- *Il diritto mite. Legge, diritti, Giustizia*, Turin, Einaudi, 1992.
- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de MARINA GASCÓN, Madrid, Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, PORTINARO y LUTHER, eds., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996.

ZANGARA, V., “Lo Stato di Diritto in evoluzione”, *Diritto e Società*, 2 [1983], pp. 193 y ss.

ZOLO, D., *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milán, Feltrinelli, 1995.

ZWEIG, S., *El mundo de ayer*, Barcelona, El Acantilado, 2001.

EPÍLOGO

MIGUEL REVENGA

¿QUÉ ESTUDIAR? ¿QUÉ ESCRIBIR? (Desde la perspectiva del Derecho Constitucional)^(*)

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

I. ¿QUÉ DEBEMOS ESTUDIAR?

El alumno que hoy en día sigue regularmente un curso en una Facultad de Derecho, tiene que hacer relativamente poco para obtener una nota aprobatoria. Le bastará asistir a clases, tomar apuntes, revisar alguna bibliografía y leer las separatas que eventualmente le entreguen sus profesores. Esto quizá sea suficiente para tener una idea general y una cierta formación, aun cuando intuitiva, de lo que un curso exige. Si más tarde decide preparar una tesis o un trabajo monográfico, tendrá que hacer mayores búsquedas y emprender otras lecturas. Si no lo hace, el día de mañana la práctica profesional lo llevará no solo a aprender las técnicas de todo abogado, sino también algo de doctrina para reforzar ciertos casos que se consideren problemáticos y a analizar la legislación vigente. Y esto, en términos generales, puede bastar para desempeñarse profesionalmente, y probablemente con éxito.

^(*) Recojo aquí, de manera esquemática, ideas vertidas en un conversatorio que tuve con un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Luis Gonzaga de Ica hace algunos años, y que he reconstruido a base de los apuntes que preparé en aquella oportunidad. Y que ahora publico, pues pienso que pueden tener utilidad para los alumnos y jóvenes profesores de otros centros de estudios.

Sin embargo, si lo que se pretende es una formación más sólida, con miras a la enseñanza, a la investigación o a participar activamente en eventos académicos y más aún los de carácter internacional, las exigencias son necesariamente otras. Pienso que tratándose de materia constitucional, podríamos tener presente la siguiente aproximación en forma escalonada y progresiva y que considero que es válida, si bien sujeta a reajustes.

Lo primero que debe hacer quien se encuentra en esta situación, es leer un buen manual que le introduzca o le dé un panorama del *status quaestionis*, o sea, de lo que pasa actualmente en la disciplina. Y naturalmente, sobre esto hay mucho, con el agravante de que dependiendo la disciplina constitucional del tipo de Constitución que se tenga o de la corriente a la cual se afilia cada autor, variará la tendencia de cada manual. A diferencia de un manual estándar de Derecho Civil, en donde los matices existen pero los grandes lineamientos son comunes, y lo mismo podría decirse de otras ramas jurídicas. En el Derecho Constitucional la situación es más complicada, precisamente porque su objeto, la Constitución, no depende de nadie, sino de actores políticos que le han insertado una determinada opción ideológica. Esto se ve confirmado por la variedad de manuales de Derecho Constitucional que existen en el mercado, la mayoría de ellos tendenciales y con distintas ópticas. Y con el riesgo de sucumbir ante uno de ellos, si el autor es demasiado brillante o muy sugestivo. Pero aun así, hay que hacer el intento.

El segundo punto sería saber a dónde recurrir o qué criterios emplear en nuestra búsqueda. Y la respuesta es que ella debe ser iniciada, en un primer momento, en manuales de nuestra órbita cultural, o sea, europeo-continental y latinoamericana. Y si bien existe el problema de los idiomas, tenemos la ventaja de que hay muchos y muy buenos traducidos al castellano, con lo cual tenemos una gran variedad en donde poder escoger.

Y si vamos a nuestro entorno latinoamericano, podemos señalar que existen buenos manuales en castellano en la Argentina, mayormente, y también en México, y en cierto sentido en Colombia y en Venezuela. Los hay también en el Brasil y de muy alta calidad, pero no siempre es fácil conseguir libros de nuestro país vecino, y no todos entienden el portugués como para leerlo. Pero aun así, tenemos bastante que

escoger (y sin contar la inmensa bibliografía española publicada en el período democrático que parte de 1978).

En cuanto al Perú se refiere, si bien es cierto que ha habido entre nosotros una larga tradición manualística, ésta no ha sido ni muy copiosa ni tampoco muy elaborada. Precisamente, por haber carecido de costumbres y tradición constitucionales, es que los manuales se hicieron en contextos no muy exigentes y por autores que además no se dedicaban solamente a esa área, sino a otras más practicando un sano diletantismo. En rigor, el estudio serio, profundo y severamente documentado de la disciplina constitucional —con las excepciones que nunca faltan— se inicia entre nosotros a fines de la década de 1970, y más en concreto con la puesta en marcha de la Carta de 1979. Y esto ha dado sus frutos, pero no lo suficientes como para tener manuales de carácter general, que por su calidad puedan competir con algunos de los mejores publicados en el extranjero. Y esto dicho con las debidas consideraciones a sus respectivos autores.

Pero tratándose de temas constitucionales peruanos, recurrir a autores nacionales es obligado, ya que ellos nos dicen o pueden decir cosas que ningún extranjero lo hace, pues está en otro meridiano cultural. Por cierto que, si analizamos el Amparo en el Perú o cómo funciona el Congreso de la República, debemos partir de lo nuestro, pero estudiar cómo van las cosas en el exterior no nos hará daño. Esto es, una labor de comparación nunca nos cae mal y por el contrario enriquece nuestro enfoque. De hecho, conocer el Derecho extranjero es la mejor manera de comprender lo propio.

Lo anterior es lo que podemos mencionar en un sentido genérico. Y que nos ayuda a situarnos en un tema, un período o un problema. Lo que viene después tiene otras exigencias. Esto es, cumplido lo anterior —y por cierto sin abandonarlo del todo— conviene volver la vista hacia los clásicos, que si bien son «viejos» en sentido amplio, siempre nos dicen cosas interesantes y además nos proporcionan datos e información que son de primera fuente y que otros se limitaron a repetir. Y que por el planteo de los grandes problemas, han podido resistir el implacable transcurso del tiempo. Tenemos por un lado los grandes clásicos, que son muy pocos y que para efectos prácticos parten de Jellinek hasta el más

reciente, que podría ser Loewenstein, pasando por Duguit, Schmitt, Kelsen, etc. Esto es lo que podríamos llamar los «clásicos mayores». Pero también los hay «menores», que no podemos subestimar, como son Carré de Malberg, Santi Romano, etc.

A continuación vienen lo que podemos calificar como «clásicos contemporáneos», o sea, juristas del siglo XX, que sin llegar a las alturas anteriormente indicadas, han sido importantes en el desarrollo de la disciplina. Aquí podemos mencionar un poco al azar a Hesse, Mortati, Burdeau, Biscaretti, Duverger, García Pelayo, etc. Y sin olvidar a los latinoamericanos, de manera especial a los autores argentinos: González Calderón, Sánchez Viamonte, etc.

Y luego, viene una especie de operación de retroalimentación. Por un lado, estar atentos a lo que se dijo antes. Por otro, ver lo que se dice hoy por figuras importantes en el mundo constitucional y político-constitucional. Y además, ver que pasa en nuestro entorno, o sea, cómo nuestra comunidad constitucional aborda los diversos problemas que se le presentan.

Si todo lo anterior lo seguimos de una manera disciplinada y sobre todo constante, lo más probable es que adquiramos una «estructura mental» suficientemente sólida que nos permita abordar los problemas constitucionales de manera apropiada. Esto es, seriamente, con fundamentos adecuados y sobre todo con *sindéresis*. Por cierto, esto no nos lleva a un pensamiento uniforme, pues es bien sabido que en el Derecho Constitucional y en sus problemas, existen diferencias, matices y por cierto variantes sobre aspectos generales y también sobre aspectos concretos. Pero ello como producto de un análisis adecuado, que da frutos con cierta coherencia, aun cuando existan diversas perspectivas, pues eso es natural en el mundo del Derecho. Y más aún en el Derecho Constitucional.

Si no seguimos estos pasos, por lo menos en sus grandes lineamientos, tendremos el panorama que vemos con frecuencia en nuestro país. Por un lado, una comunidad constitucional seria, que trabaja bien, que se reúne y discute y que por cierto tiene discrepancias o diferencias perfectamente válidas, pero igualmente sustentadas. Pero por otro, existe una legión de improvisados, que hablan de temas constitucionales por el solo hecho de tener un micrófono al frente, o que lo

hacen de oídas, y que pontifican ante periodistas que son más ignorantes que ellos. Y que por cierto, no calculan el ridículo al cual se exponen. Más aun cuando se dedican al periodismo diario o sucumben al pedido exigente de preparar artículos para la cada vez mayor cantidad de revistas jurídicas de divulgación o pretendida actualidad para los abogados, en donde la medianía y la indocumentación son frecuentes.

Lo anterior no impide que cada uno, como ciudadano, tenga sus propias opiniones constitucionales, unas más fundadas que otras. Pero esto como un arsenal propio, de uso interno y no para exhibirlo como en una feria de pueblo. Pasa un poco lo que sucede con los abogados que, por ejemplo, litigan y ejercen intensamente aspectos civiles o penales, pero que no se consideran autoridades académicas en estos rubros, ya que una cosa es el nivel profesional y muy otro el académico. Y diferente y a otro nivel, la información cotidiana que tiene el ciudadano promedio y que forma parte de su cultura general. Y también de sus charlas de sobremesa.

Pasemos, pues, a otra cosa.

II. ¿QUÉ DEBEMOS ESCRIBIR?

Este es un tópico bastante delicado. Y por una sencilla razón. Salvo los casos obligados de tesis o monografías como requisitos de estudios o los realizados por encargo, cada uno debe escribir de lo que más le agrade y en lo cual se sienta más cómodo. Los buenos escritos nacen por inspiración, por necesidad y por vocación, salvo notables excepciones. Y por tanto, uno debe escribir sobre aquello que más le atrae y para lo que se sienta realmente inclinado.

Pero salvando este aspecto, cabe con todo orientar nuestras preferencias, y por eso quiero expresar aquí algunos puntos de vista que estimo que son útiles.

Y para eso me parece necesario situarnos en nuestro ámbito cultural, o sea, en donde estamos y cuál es nuestra proyección. Y desde este punto de vista, creo que debemos ser conscientes de que nos movemos en el mundo occidental y de él debemos partir. Y esto reforzado por un

hecho innegable. Y es que más allá de influencias, ideas creadoras o ejemplos aislados, el constitucionalismo es, en rigor, fruto de la historia de Occidente, en una línea que se inicia varios siglos atrás, pero que se concreta en el siglo XVIII, de donde parte el constitucionalismo moderno en sentido estricto, con sus varias etapas: desde fines del siglo XVIII hasta la Primera Guerra Mundial o Gran Guerra. Y luego estos períodos: 1918-1945 y de 1945 en adelante. O sea, de la segunda posguerra, que algunos han bautizado por la novedad de algunos enfoques que desde entonces surgen, como neo-constitucionalismo (nombre que no llega a gustarme, pues si bien encierra una gran verdad sobre un período reciente, lo de «neo» corre el peligro de envejecer muy pronto y ser viejo: apostarí, pues a darle otro nombre con mayores pretensiones de durar, como podría ser constitucionalismo postmoderno, o constitucionalismo globalizado o cualquier otro...).

Todo esto está enlazado, por cierto, con el constitucionalismo europeo, fuertemente influenciado desde sus inicios por la experiencia política inglesa, enriquecida por la francesa y posteriormente, por la actividad teórica y jurisprudencial de los Estados Unidos. Si bien el trasvase de esta última a nuestros moldes, tiene que pasar necesariamente por un proceso de acomodamiento.

Y esto se refleja en nuestro continente latinoamericano, que adoptó el constitucionalismo en sus dos vertientes, sajona y europeo-continental desde muy temprano, con matices y rasgos a veces creadores. Lo que no significa que hayamos tenido un comportamiento ejemplar, pues como señala Duguit, los hechos han sido siempre más fuertes que los textos y aun ahora vemos estos desfases. Pero como avances y sobre todo como un *desideratum*, es algo a lo que no se puede renunciar.

Lo anterior debe ser completado, en cierto sentido, con nuestra propia experiencia política y constitucional, no solo peruana, sino también latinoamericana. Pues nuestro continente tiene una larga, rica y también accidentada historia institucional desde las primeras décadas del siglo XIX hasta nuestros días.

Visto así el panorama de la disciplina, cabría en principio varias alternativas. La primera sería escribir cosas generales, con lo cual el pa-

norama es muy grande. Así, tratar cualquier tema teórico implica tener que ver con mucha doctrina y sobre todo con diversas realidades y abundante literatura especializada. Y esto puede concretarse en manuales, monografías o ensayos de tipo general.

La objeción que tengo a este planteo es simple: por más que nos esmeremos en hacer un buen manual (que puede ser doctrinario o histórico) una buena monografía o un buen artículo sobre un tema general, estaremos en desventaja frente a autores extranjeros (en especial norteamericanos y europeos) que no solo tienen mayores facilidades para la investigación, sino importantes centros de estudio, mejores fuentes y sobre todo abundantes recursos. Nos arriesgamos a no ser aportadores de nada o de muy poco, aun cuando el ejercicio académico sea muy grande. Y en todo caso, tenemos que considerar que habremos hecho una muy importante tarea de divulgación, que nuestros amigos y colegas nos lo agradecerán. Pero que difícilmente podrá ser considerado como un aporte que merezca ser considerado con los años.

Esto no significa que no podamos hacer algo sobre estos temas de ámbito doctrinario o panorámico e incluso histórico. Por ejemplo, un manual general –Derecho Constitucional General– o estudios concretos sobre una institución, un hecho o un aspecto doctrinario (por ejemplo, análisis sobre el funcionamiento de un Tribunal Constitucional europeo, una figura procesal como el *certiorari* en los Estados Unidos, el juicio político en Inglaterra, las fuentes del Derecho, o incluso, desarrollos históricos locales o regionales). Pero ya sabemos que ese esfuerzo será básicamente de divulgación, aun cuando hayamos tenido en cuenta textos y monografías básicas del tema que nos ocupa⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Aun cuando sea incómodo hacer referencias puntuales, a fin de poder visualizar mejor lo que quiero decir, daré un solo ejemplo. En fecha reciente, un destacado jurista argentino, Alberto B. Bianchi ha publicado una enjundiosa *Historia constitucional de los Estados Unidos* (Editorial Ad Hoc, 2 tomos, Buenos Aires, 2008) con más de 800 páginas. El autor es ampliamente conocido por sus investigaciones en Derecho Público y además por su agudo conocimiento del Derecho Constitucional norteamericano. En tal sentido, la obra está muy bien pensada y ampliamente documentada, como para ofrecer al estudiante, al estudioso, al profesor universitario e incluso al especialista, un

Por otro lado, está la alternativa de dedicar las fuerzas académicas a aspectos nuestros, latinoamericanos y en especial peruanos. Aspectos generales sobre el Derecho Constitucional peruano, aspectos históricos, análisis de instituciones concretas e incluso de países vecinos. Esto nos lleva más a lo propio, nos es más fácil estudiarlo por cuanto si bien no tenemos los recursos que gozan otros centros universitarios, tenemos acceso a la información y a los colegas del área si mantenemos contacto con ellos. Y esto dará frutos que resultan de interés y aplicación directa. Lo cual lo veo a la larga más positivo, pues incluso dentro de estos empeños, bien se podría hacer aportaciones o enfoques originales, que de otra manera no se harían. Contribuiríamos, aun cuando modestamente, a incrementar nuestro bagaje doctrinario e histórico que hasta ahora es bastante incipiente.

panorama introductorio de indudable valor. Y en tal sentido supera con creces otros intentos que se han hecho en el mundo hispanohablante. Sin embargo, es indudable que ese esfuerzo no pasa de ser un acto de divulgación o de alta divulgación, que es difícil que pueda aportar algo nuevo. De hecho, el estudioso que quiera penetrar en el mundo constitucional norteamericano y hacer alguna investigación específica, tendrá que utilizar otras fuentes, necesariamente en inglés, en donde la literatura publicada en revistas suma varios miles de páginas y también son centenares las obras del mismo estilo, que en conjunto llenan varias bibliotecas. Aun más, existen obras en varios tomos, sea de descripción o compiladora de documentos y son también legión las obras sobre períodos constitucionales, sobre antecedentes, sobre la Corte Suprema en su totalidad, por épocas o sobre jueces notables desde Marshall a Warren (existen varios libros sobre cada uno de ellos), sobre determinados derechos, sobre revisiones o enmiendas constitucionales, sobre casos famosos, sobre el alcance y el fundamento del *judicial review* y sin contar con las obras de Derecho Constitucional Estatal, o sea, del que existe y se aplica en cada Estado de la Unión, al margen del Derecho Federal.

Lo anterior no tiene el propósito de disuadir a nadie para que no realice este tipo de investigaciones ni menos aun de subestimar estos esfuerzos, sino de ubicar las cosas en su justo nivel, para que cada uno sepa en qué peldaño del mundo académico se encuentra. En el caso concreto del Perú, un notable constitucionalista como Manuel Vicente Villarán dedicó muchos esfuerzos, en sus cursos de Derecho Constitucional, en explicar y en publicar sendos folletos, bien presentados y con buena información, sobre los gobiernos en Inglaterra, Francia y Estados Unidos, a los que después no dio ninguna importancia. Tampoco los consideró Jorge Basadre, el autorizado compilador de sus *Páginas escogidas* (Talleres Gráficos P.L. Villanueva, S.A., Lima, 1962).

Claro está, que aun en este segundo aspecto, el recurrir a fuentes, casos y experiencias extranjeras (europeas y norteamericanas) es sumamente provechoso. Pero con ánimo distinto. No como objetivo principal, sino como elemento de confrontación, de apoyo y para un mejor conocimiento de lo nuestro.

En otras palabras: Estudiar lo general, lo doctrinario y lo extranjero, que nos será muy formativo y son elementos útiles de referencia. Pero si de escribir y publicar se trata, dar preferencia a lo nuestro, a nuestro entorno latinoamericano debidamente pertrechados de los clásicos y de los grandes autores y grandes manuales, que nos ayudarán a ver mejor lo propio.

Se trata, por cierto, de una opción como cualquier otra. Pero que cada uno deberá evaluar y decidir lo que corresponda.

Y en lo que a mí se refiere, siempre he tenido presente la máxima de Voltaire que tanto gustaba a Villarán: debemos cultivar nuestro jardín.

Lima, octubre de 2008.

**Este libro se terminó de imprimir
en Magna Ediciones,
el día 16 de junio de 2010,
con ocasión del nacimiento
(Leipzig 16-VI-1851)
del jurista alemán Georg Jellinek
(† Heidelberg 12-I-1911).**



470 años
del nacimiento del
INCA GARCILASO DE LA VEGA
(1539 - 1616)



400 años
de la obra cumbre:
"COMENTARIOS REALES DE LOS INCAS"
(Lisboa, 1609)



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega

Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas

RECTORADO

ISBN: 978-612-45674-3-8



9 786124 567438