

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
I. El vigésimoquinto aniversario de la Constitución y la importancia de su celebración	9
II. Una cuestión metodológica	36
III. La actual crisis del derecho constitucional: la universalización de la Constitución sin constitucionalismo	56

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I. EL VIGÉSIMOQUINTO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA IMPORTANCIA DE SU CELEBRACIÓN

Es, sin duda, de todos bien conocido que en este 2003, el aniversario de la aprobación de la vigente Constitución tiene, o debería tener, una muy especial significación. En efecto, se cumplen ahora los 25 años de aquel 6 de diciembre en el que convocado en referéndum, el pueblo español, como ente político único en el que reside la soberanía y que decide por el principio mayoritario,¹⁵ aprobaba el texto constitucional por el que siempre en condiciones de normalidad habría de conducirse su vida política futura. Culminaba de este modo, un proceso en el que, de una manera tan poco estridente como imparable, se iba poniendo de manifiesto la voluntad de los españoles de abandonar los esquemas políticos de un régimen que encontraba su única fuente de legitimidad en la victoria en la Guerra Civil, y de recuperar el sistema democrático.

La tarea, pese a lo que hoy pudiera suponerse, no fue fácil de llevar a cabo bajo ningún concepto. Antes al contrario, nos encontramos ante un proceso muy arduo y difícil. En él, las llamadas democracias occidentales, por más que mostrasen tanto su comprensión y simpatía hacia la oposición democrática interior y exterior, como la repulsa hacia la autocracia, no adoptaron nunca ninguna actitud que precipitase el abandono, o la caída, del poder por parte del general dictador. Ni mucho menos se les ocurrió en aquellos años; como sí se ha hecho hoy por algunos gobernantes, el iniciar un conflicto bélico para, en nombre de la sagrada libertad, salvar al pueblo español de un régimen, no paternalista o meramente

¹⁵ Cfr. a este respecto, Heller, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* (1927), 2a. ed., México, 1995, p. 166.

autoritario, sino decididamente totalitario.¹⁶ Ciertamente es, en todo caso, que tampoco a los demócratas españoles se les ocurría pensar en una hipótesis tal. Unos y otros entendían entonces que el derecho de autodeterminación de los pueblos, definido en 1966 por Naciones Unidas como el derecho a elegir el modo en que va a ser gobernado, era tan básico y fundamental que ni siquiera para garantizar a un pueblo su ejercicio podría un Estado, o una coalición de Estados, inmiscuirse en la vida política de otro Estado. Claro que, y aquí acaso sea donde se encuentra la principal diferencia entre el ayer y el hoy,¹⁷ la “España de la alpargata”, ni siquiera en su eufemística versión de la “España del 600” de los gobiernos tecnócratas del general Franco, no tenía interés económico alguno para las “superpotencias”.

Asimismo, debemos decir que la revolución española tampoco fue de una muy rápida ejecución. De uno u otro modo como consecuencia de lo anterior, se trata de un proceso de cambio que se iría materializando a lo largo de un enormemente dilatado período de tiempo. Tanto es así, que muy bien podríamos afirmar que, en verdad, la denominada “transición a la democracia” en España hunde sus raíces en las décadas de 1950 y 1960. Momento en que, como indica Morodo,¹⁸ van a verificarse dos fenómenos paralelos que, en último término, darán lugar a la transición propiamente dicha.

En este sentido, es menester referirse en primer lugar, a lo que sucedió en el interior del aparato gubernamental. De todos es conocido que tuvo el régimen franquista una serie de fases evolutivas a lo largo de su vida; fases que en última instancia vendrían condicionadas por sus relaciones con el resto de los Estados. Y es que en efecto, el paulatino proceso de reconocimiento y establecimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados —que sin duda, encuentra en las visitas a España de Eva Perón y

¹⁶ Cfr. Morodo, R., *La transición política*, 2a. ed., Madrid, 1993, pp. 30 y ss.; también pp. 47-60.

¹⁷ En un sentido similar al aquí expresado, cfr., Gray, J., “Los verdaderos límites de la globalización”, en Guerra A. y Tezanos, J. F. (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, 2003, pp. 345-360, especialmente pp. 357 y ss.

¹⁸ En relación con esta etapa, a la que podemos designar como “pretransición”, cfr. Morodo, R., *La transición...*, cit., nota 16, pp. 61-112. El mismo autor se ha referido también, y de una manera más amplia, aunque, si se quiere, también de un modo más subjetivo, a esta etapa en su escrito *Atando cabos. Memorias de un conspirador moderado*, Madrid, 2001, especialmente desde la p. 147.

Vega,²⁶ con la brillantez y claridad que le son características, lo ha puesto de manifiesto. Naturalmente que esta operación milagrosa y retórica no introdujo ninguna cuota nueva de democratización en el aparato estatal.²⁷ Sin embargo, tuvo la virtualidad de hacer patente que el distanciamiento entre la “España oficial” y la “España real” existía y además era cada vez más abismal y dramático. Y es precisamente, y aunque sea adelantar datos, en este contexto, donde comenzará la crítica, y la crítica desde la oposición, al régimen.

Sea de ello lo que sea, importa señalar que de uno u otro modo la actitud de estos llamados políticos reformadores supuso el que se operase una cierta apertura en el régimen. No era, empero, ésta su finalidad esencial. La verdadera intención de estos reformistas-aperturistas, que se mantendrá hasta 1976, no era, ni mucho menos, la de permitir el tránsito de la dictadura a la democracia. Lo que pretendían era, justamente lo contrario. Esto es, como el muy célebre personaje de *El Gatopardo* de Lampedusa, lo que se quería era cambiar formalmente todo, para que todo siguiera igual, de suerte tal que todos aquellos cambios habrían de servir para lograr el pacífico mantenimiento del régimen y su posible pervivencia tras la muerte del general Franco.²⁸

Habrà de esperarse a la desaparición física del dictador para que de verdad se inicie una verdadera política aperturista. Y más concretamente, al segundo gobierno de la monarquía. En efecto, fue con el cese de Arias-Navarro y el nombramiento de Adolfo Suárez como presidente de go-

²⁶ Cfr. Vega, P. de, “Prólogo”, *op. cit.*, nota 19, pp. 3 y 4.

²⁷ A este respecto, resultan especialmente significativas las palabras del en su día procurador en Cortes del sector crítico y profesor adjunto de derecho político de la Universidad de Salamanca, Jesús Esperabé de Arteaga: “El desconsuelo y el desencanto de los españoles, para quienes la Ley Orgánica del Estado no es que supusiera una apertura, sino que al modificar de arriba a abajo la organización política del Estado abría la puerta para participar de lleno en las funciones públicas, siendo de esta manera todos los españoles protagonistas de su destino, fue todo lo grande que el lector pueda figurarse. Muchos españoles que nos ocupamos... de la cosa pública, nos sentimos defraudados. Porque lo que se nos ofrece no es una participación a corazón abierto y por lo tanto a todo trapo. Pese a los cambios anunciados por la Ley Orgánica, las cosas van a seguir igual, el protagonismo de nuestra política continuará siendo un protagonismo de minorías y todo lo que el resto de los españoles podemos hacer es adherirnos”. Véase Esperabé de Arteaga, J., “Frustración” (1974), *En torno a nuestras instituciones. Artículos políticos*, Madrid, 1976, p. 202.

²⁸ En este mismo sentido, cfr. Lucas Verdú, P., *La octava ley fundamental. Crítica jurídico-política a la Reforma Suárez*, Madrid, 1976, pp. 13-26 y 53-63.

bierno, los días 1 y 3 de julio de 1976, cuando al dar comienzo la etapa de la transición propiamente dicha,²⁹ la actuación de los políticos del aparato estatal persiga ya el tránsito de la dictadura a la democracia.

Y si esto era así en cuanto al *establishment*, ocurrió entonces, y en segundo lugar, aunque con una mucha mayor trascendencia e importancia, que en la esfera no gubernamental comenzaría a organizarse el movimiento “antifranquista”, hasta ese momento prácticamente limitado al exilio. No es que en la España del interior no existiera con anterioridad a los años 50 y 60 una repulsa a lo que el franquismo significaba, sin duda existía, aunque de manera difusa. Tanto es así, que puede decirse que si bien “se puede sostener con todo rigor que si no existe en nuestro país un partido liberal, un partido socialista o un partido demócrata-cristiano, lo que sí es indudable es que existen ideologías o mentalidades liberales, democráticas y socialistas”.³⁰ Lo que sucede es que existiendo esa repulsa ideológica, la crítica se hacía casi de manera individual y, en todo caso, sin ninguna estructura organizativa.

Las cosas, como decimos, comenzarían también a cambiar en la España real, en las décadas de 1950 y 1960. Fue, efectivamente, en aquellos años cuando —tomando la Universidad, pese a todo, centro de libertades, como punto fundamental de referencia— la oposición democrática comenzó a organizarse en el interior. Así, junto al PCE y el PSOE exterior-interior (únicas organizaciones que continuaron con una relativa presencia en la dictadura), surgirían ciertas estructuras organizativas entre los opositores al sistema; primero lo harían como meros grupos. Entre ellos cabe destacar a los monárquicos liberales de Miguel Satrústegui; las distintas familias democristianas de oposición que se agrupaban en torno a J. Ma. Gil-Robles, M. Giménez Fernández y, una vez que éste rompió definitivamente con el régimen, J. Ruiz-Giménez; los socialdemócratas y liberales de izquierda del grupo de Dionisio Ridruejo; la aparición de algunos grupos nacionalistas, y, finalmente, los socialistas, representados, de manera básica, por el “grupo Tierno”, la ASU y el FLP; en un momento posterior estos grupos, o al menos parte de ellos, se convertirían ya en partidos políticos.

²⁹ Cfr. en este sentido Morodo, R., *La transición...*, cit., nota 16, p. 117.

³⁰ Vega, P., de “Fuerzas políticas y tendencias ideológicas en los últimos años del franquismo” (1974), *Estudios político constitucionales*, cit., nota 19, p. 215.

A ellos, y esto es importante destacarlo, se debe una buena parte del contenido de la “fórmula política”³¹ de la vigente Constitución.³² Piénsese en este sentido y por ejemplo, en la configuración de España como un auténtico Estado de derecho, y no como un mero Estado jurídico regido por una vacía nomocracia³³ —que era, aunque no haya faltado quien lo

³¹ Sobre este concepto, *cfr.* Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político. II. La crisis de la teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado federal. La teoría de la Constitución en el marco del derecho político*, 2a. ed., Madrid, 1977, pp. 428 y 429; 531-536.

³² En este sentido, *cfr.* por comodidad, Ruipérez, J., “Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del Poder Constituyente y cambio jurídico-político en España”, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, 2003, pp. 57-61.

³³ Para la comprensión y distinción de estas figuras, resultan absolutamente imprescindibles los trabajos de Hermann Heller, “Estado de derecho o dictadura” (1929) y “Europa y el fascismo” (1929), recogidos hoy en *Escritos políticos*, Madrid, 1985, pp. 283-301 y 21-132, respectivamente. Ambos trabajos fueron redactados después de una estancia en la Italia fascista. En ellos, y enfrentado al problema de la crisis de la democracia y del Estado de derecho en la Europa de los años 1920, Heller realizará, partiendo de los principios estructurales del clásico *Rechtsstaat* tal y como fue teorizado, por ejemplo, por los Otto Mayer (*Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949), Robert von Mohl (*Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, Tübinga, 1859) y Fritz Fleiner (*Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, 1933), una contundente denuncia de la interesada y torticera utilización de la fórmula “Estado de derecho” por parte de la dictadura italiana. Utilización que, entendía el joven teórico del Estado, vendría de alguna forma, avalada y propiciada por el positivismo formalista a ultranza —cuyo método se resume en la idea de Dicey de que el constitucionalista “debe sentir que es llamado a representar la parte no de una crítica ni de una apología ni de un elogio sino de una exposición; su deber no es ni atacar ni defender la Constitución, sino simplemente explicar sus Leyes” (*cfr.* Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 20a. ed., Londres, 1959, pp. 3 y 4)— como consecuencia de su lectura pretendidamente neutral desde el punto de vista ideológico, y absolutamente acrítica de principio del “imperio de la ley”. La tesis de Heller, además de correcta, no puede ser más clara. El positivismo jurídico partió de la idea de que porque el Estado de derecho es evidente, y sus presupuestos básicos de presumen en todo caso observados y respetados, de nada sirve interrogarse sobre él. De esta suerte, lo que sucede es que para los autores del positivismo jurídico no importa tanto el que la ley (a la que como exigencia inherente al propio Estado de derecho, el gobernante y la administración han de sujetar su actuación), responda materialmente al primigenio concepto liberal de ley, basado en una ética y una legitimidad democráticas (sobre ello, *cfr.* Heller, H., “Il concetto di Legge nella Costituzione di Weimar” (1927), *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milán, 1987, pp. 311 y 326), cuanto el que aquella responda formal y aparentemente a ese concepto. Esto es, que se trate de una norma aprobada con el nombre específico de *ley*, por el órgano legal-constitucionalmente competente: el Parlamento, siguiendo el procedi-

niegue y muestre su orgullo por haber contribuido a su desarrollo y consolidación,³⁴ el que operaba en la dictadura— como un Estado políticamente descentralizado o, finalmente, como monarquía parlamentaria.

No ha de requerir mucho esfuerzo el comprender que se trataba de grupos, o partidos, a los que los detentadores del poder de la época no reconocían ningún tipo de legitimidad. Es más, ocurría que, en lógica y coherente consecuencia con su naturaleza totalitaria, las autoridades

miento previamente establecido para tal fin, y que reúna las notas de racionalidad, certeza, objetividad y generalidad. Con ello, entendía Heller, no se hace sino llevar a cabo un radical y frontal ataque al propio *Rechtsstaat* y, con él, a la democracia misma. La razón es fácilmente comprensible. Con un tal modo de actuar, lo que el positivismo formalista a ultranza hace es, pura y simplemente, despojar al Estado de derecho de su contenido material. El Estado liberal de derecho queda en consecuencia, reducido a la condición de mero “Estado jurídico”, edificado sobre una vacía nomocracia, donde lo único relevante es la forma. *Cfr.* a este respecto, Heller, H., “Estado de derecho...”, *op. cit.*, nota 1, pp. 289 y 290 y ss.; “Europa...”, *op. cit.*, nota 33, p. 30. Es, justamente, esta circunstancia la que determina que toda la construcción teórica del positivismo formalista —incluidas las de aquéllos que como Kelsen las elaboraban al servicio de la defensa de la *Weltanschauung* democrática (*cfr.* en este sentido, Baldassarre, A., “Constitución y teoría de los valores”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1994, pp. 23 y 24; Vega, P. de, “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, *Revista de Política Comparada*, núms. 10 y 11, 1984, p. 396), acabará contribuyendo a la justificación y consolidación de las dictaduras. En efecto, es menester indicar en este sentido, que nada resultaba más fácil para Mussolini que ajustar su actuación a las formas y maneras de un tal Estado jurídico y proclamar, como en general harían todos los dictadores fascistas (en relación con España, *cfr.* Morodo, R., *Atando cabos...*, *cit.*, nota 18, pp. 545-549), que Italia era un Estado de derecho. Afirmación que, para no caer en el mundo de la política, no se tomaba en consideración que el órgano encargado de aprobar la ley: el Parlamento italiano no respondía, ni en su composición —básicamente integrado por parlamentarios elegidos “por el Gran Consejo (fascista), es decir, por el mismo Mussolini” (Heller, H., “Europa...”, *cit.*, nota 33, p. 81)— ni en su obra, a la legitimidad democrática, o que los disidentes, parlamentarios o no, se encontraban sometidos a grandes presiones o, incluso amenazas personales por parte del *duce*, de las que da buena cuenta Guglielmo Ferrero (*El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Madrid, 1992, pp. 9-19), pudo ser aceptada y santificada por el positivismo formalista a ultranza. Es, en todo caso, frente a esta realidad que Heller elabora su tesis del Estado social. Uno de sus componentes, el menos conocido, es precisamente el de recuperar el contenido material del Estado de derecho. Esto es, de lo que se trata es de que siga operando el principio del imperio de la ley, pero que esa ley sea realmente una ley tal y como la concibieron los primeros revolucionarios liberal-burgueses racionalistas.

³⁴ En tal sentido, por ejemplo, Herrero de Miñón, M., *Memorias de estío*, Madrid, 1993, p. 22: “porque el Estado franquista, al menos el que yo conocí en la década de los 60, era un verdadero Estado de derecho”.

franquistas, que no podían admitir oficialmente la existencia de un conflicto, negaban su existencia.³⁵ De esta suerte, el movimiento antifranquista quedaba condenado a ejercer lo que, en su día y con el doble lenguaje que el momento histórico le imponía,³⁶ el maestro De Vega caracterizó como “oposición ideológica”.³⁷ Dicho de otro modo, se trataba de grupos que, al iniciar su desarrollo a nivel teórico, no estaban de acuerdo con los sistemas de legitimidad existentes, y que, al poner a discusión la fundamentación del sistema y del poder, no podían tener más aspiración que la que tenían: la sustitución del régimen franquista por otro nuevo, lógicamente democrático.

De una manera muy simplificada, podríamos decir que fue todo lo anterior lo que a nivel político, y amparados por esa primera ruptura material que operó la Ley para la Reforma Política (que en la medida en que venía a derogar de hecho todos los principios y valores del régimen³⁸ habría que considerarla no como la octava Ley Fundamental del Reino, sino por analogía, como una auténtica “destrucción de la Constitución” en la más pura significación schmittiana del término),³⁹ determinó lo que aconteció en España a partir del 14 de julio de 1977. Día en el que, de

³⁵ Sobre esta problemática, y aunque con carácter general, *cfr.* Dahrendorf, R., *Sociedad y libertad*, Madrid, 1966, pp. 180 y ss.; Friedrich, C. J., *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968, p. 264.

³⁶ Véase Vega, P. de, “Prólogo”, *op. cit.*, nota 19, p. 5.

³⁷ *Cfr.*, Vega, P. de, “Para una teoría política de la oposición” (1970), *Estudios político constitucionales*, *cit.*, nota 19, pp. 12, 21-33.

³⁸ *Cfr.* Lucas Verdú, P., *La octava... cit.*, nota 28, p. 67.

³⁹ *Cfr.* Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982, pp. 110-114, 115 y 119-120. En el mismo sentido que el expresado en el texto, *cfr.* R. Morodo, *La transición... cit.*, nota 6, pp. 25, 117, 119-120, 125-126 y 135-136. Otto, I. de, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, 1985, p. 33; *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 68. En todo caso, es menester advertir que es justamente esta circunstancia, junto con otras a las que nos referiremos en el texto, la que pone de manifiesto lo absurdo que resulta pretender encontrar en las Leyes Fundamentales del Reino la fuente de validez, y fundamento de su fuerza normativa, de la vigente Constitución española. Afirmación que no resulta de recibo, ni siquiera desde el punto de vista de que, como escribe Requejo Pagés, J. L., “En lo lógico... la originalidad del Constituyente [de 1977-1978] es más que discutible, no tanto — o tan sólo — porque, como cualquier Poder Constituyente, el de 1978 también hubo de actuar con arreglo a normas jurídicas, cuanto porque su calificación como poder de Constitución puede explicarse como aplicación singular de los procedimientos de reforma previstos en las Leyes Fundamentales, de manera que, desde esas Leyes, sería un poder constituido” (*Las normas preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente*, Madrid, 1998, p. 128). En relación con esto último, *cfr.* Ruipérez, J., “Los principios...”, *op. cit.*, nota 32, pp. 14-25.

modo no muy diverso a como se había hecho en la Francia de 1789⁴⁰ o, entre nosotros, en Cádiz, el Parlamento recién formado, que había sido formalmente elegido como Legislativo ordinario, se autoproclamó como “Cortes Constituyentes”. Con ello, obvio es, no se hacía sino poner de manifiesto la voluntad del pueblo español de romper todo nexo de unión con la situación jurídica y política anterior.

Dos son, de manera básica, las notas que han de ser destacadas de la sesión parlamentaria de aquel glorioso 14 de julio:

La primera de ellas es que al erigirse el Parlamento en Legislador Constituyente, lo que los parlamentarios hacen es manifestar la voluntad del pueblo español (que a nivel formal se concreta en las palabras del jefe del Estado solicitando a las Cortes la redacción de un nuevo texto constitucional) de romper definitiva y absolutamente con el régimen anterior. De esta suerte, lo que sucede es que aquel día, cuando los demócratas de todo el mundo recordaban la “toma de la Bastilla”, se llevaba a cabo entre nosotros lo que, con Ferrero,⁴¹ podemos denominar un cambio en el principio de legitimidad, es decir, en la justificación del ejercicio del poder que, a partir de ese momento, se encuentra en la voluntad soberana del pueblo.

La segunda circunstancia que debemos reseñar es la que la aparición de un nuevo *Pouvoir Constituant* es el resultado, en última instancia, de la celebración de un previo pacto social rousseauniano, que no de un auténtico contrato de tipo medieval suscrito entre distintas partes con el rey soberano.⁴² Pacto social rousseauniano que, aunque de muy difícil ubica-

⁴⁰ Cfr. Arnould, G., *De la révision des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systemes de révision des Constitutions étrangères*, Paris, 1895, p. 25.

⁴¹ Cfr. Ferrero, G., *El poder...*, cit., nota 33, p. 30.

⁴² Véase, en este sentido, Herrero de Miñón, M., “La Constitución como pacto”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 17-30. Las afirmaciones contenidas en este escrito, así como las consecuencias que de esta nota pretende extraer en éste y otros trabajos (singularmente *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, 1998 y sus respuestas a la encuesta “El derecho de autodeterminación” de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10 y 11, 2003, pp. 11-137), y al servicio de los intereses de los partidos del llamado nacionalismo democrático o moderado (PNV y CiU), ponen bien a las claras que su utilización del término *pacto* nada tiene que ver con la idea rousseauniana de contrato social por el que se crea la propia comunidad política, sino que está más en conexión con los viejos contratos feudales. Sus palabras son harto elocuentes: “Pues bien ¿qué es una Constitución consensuada sino una Constitución pactada? Y no vale decir que formalmente la Constitución es obra de un constituyente soberano... porque eso sería reducir las formas a cascarones vacíos y absolu-

ción en el tiempo, sin duda existió. Su finalidad, en cualquier caso, era muy clara. De lo que se trataba era, si no fundar en sentido estricto la comunidad política, si, al menos, refundar el Estado.⁴³

Lo de menos es detenerse a indicar que el desarrollo del proceso constituyente que así se iniciaba fue o no atípico y heterodoxo. Sin duda alguna lo fue.⁴⁴ En todo caso, lo que está hoy fuera de toda duda, y cualquiera que sea la opinión que individualmente se tenga sobre el mismo, es que, pese a toda su heterodoxia, esos dieciocho meses en los que se elaboró, discutió, aprobó y sancionó el nuevo código jurídico-político fundamental, fueron en cuanto a su resultado, y como conectándolo con lo sucedido en Cádiz,⁴⁵ afirma

tamente ajenos a la realidad. Si reconocemos y nadie lo discute... que nuestra Constitución fue una Constitución pactada, los juristas tienen que sacar las consecuencias de esa realidad política... La Constitución, por consensuada, fue pactada" ("La Constitución...", *op. cit.*, *supra*, pp. 20-21, las cursivas son mías). Así las cosas, Herrero de Miñón se pregunta por los que llevan a cabo el pacto (pp. 21 y ss.), y llega a la siguiente conclusión: Las Cortes y el rey como sujetos formales del Poder Constituyente, junto con unos actores políticos que, pretendiendo inspirarse en Lassalle, identifica en los siguientes: los partidos políticos, los ciudadanos, el rey y las llamadas "nacionalidades históricas".

⁴³ En relación con esta finalidad del pacto social, y la consecuente aparición de un nuevo Poder Constituyente, *cfr.*, Vanossi, J. R. A., *Teoría constitucional*. I. *Teoría constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Buenos Aires, 1975, pp. 136 y 137.

⁴⁴ En este sentido, *cfr.* Lucas Verdú, P., "La singularidad del proceso constituyente español", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1, 1978, pp. 9-27.

⁴⁵ Debe recordarse que A. de Argüelles afirmaba ante la Constituyente gaditana que "Nada ofrece la Comisión en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mira como nuevo el método con que ha distribuido las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la nación" (*Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, 1981, pp. 67 y 68). Con ello, podría parecer que nuestro primer Constituyente estaba dando plena validez al pensamiento de, por ejemplo, F. Martínez Marina (*Discurso sobre el origen de la monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*, 1813, Madrid, 1988, pp. 160 y ss.), honradamente convencido de que los textos constitucionales deben siempre enraizarse en la historia del Estado de que se trate, de suerte que el papel del Constituyente gaditano debería haberse limitado a actualizar y perfeccionar la vieja Constitución de Castilla. No parece sin embargo, que tal fuera la finalidad perseguida por sus autores. A la vista del resultado, parece más acertada la posición de Salas, para quien la apelación a la historia se convierte, en Cádiz, en un mero recurso retórico con el que se pretende enmascarar el carácter auténticamente revolucionario de su obra y, así, evitar el rechazo por parte de los sectores más conservadores y reaccionarios de las Cortes. *Cfr.* Salas y Cortés, R., *Lecciones de derecho público constitucional* (1821), Madrid,

Morodo,⁴⁶ un proceso constituyente real. Mayor importancia tiene a los efectos que ahora interesan el poner de relieve que ese período que conocemos con el nombre de la “transición política”, estuvo presidido por la idea del *consensus*. Ciertamente es que el consenso pudo ser mucho más amplio que el que se verificó. Y hubiera sido verdaderamente deseable que así hubiera sido. No puede olvidarse, a este respecto, que por un lado, al haber optado las fuerzas de la oposición democrática del interior por la tesis tiernista de “la monarquía como salida” y por otro, ser la forma de gobierno monárquica un contenido irrenunciable por parte de los aperturistas del régimen franquista, se privó a las organizaciones del republicanismo de izquierdas (ARDE, IR y ERC), empeñadas —no vamos a entrar a discutir si con razón o sin ella— en la defensa de la vuelta a la legitimidad de 1931, de la posibilidad de participar en el proceso de elaboración, discusión y aprobación del nuevo documento de gobierno. Exclusión de los republicanos de izquierdas del consenso que, además, se consuma al impedirles concurrir a las elecciones generales, en cuanto que no fueron legalizados hasta primeros días de agosto de 1977. Algo parecido podría decirse de los llamados partidos de extrema izquierda (LCR, MC, PTE, ORT, etcétera), legalizados también con posterioridad a los comicios de 15 de junio de 1977.

Ahora bien, si esto es así, no es menos cierto sin embargo que sólo por dolo o por ofuscación podría ponerse en duda que el consenso existió. Lo que de cualquier manera adquiere tintes esperpénticos cuando, como sucede hoy, quienes cuestionan la existencia del consenso (PNV y CiU) fueron sujetos activos del mismo. Fue, en efecto, el deseo de pactar y de llegar a acuerdos el que se convirtió en el principio que inspiró el largo proceso constituyente de 1977-1978. Deseo que por lo demás, puede ser referido a un momento anterior a la apertura formal de aquél. De esta suerte, bien puede darse la razón a Raúl Morodo cuando escribe que:

1982, pp. 164-165. Insisten también en esta idea Posada, A., *La nouvelle Constitution espagnole. Le régime constitutionnel espagnol*, París, 1932, pp. 15-21. Pérez Serrano, N., *Tratado de derecho político*, Madrid, 1976, p. 576. Tajadura Tejada, J., “Los preámbulos constitucionales en el derecho histórico español”, *Huarte de San Juan*, núm. 2, 1995, pp. 230-232; *El preámbulo constitucional*, Granada, 1997, pp. 108-122; “El discurso preliminar de Agustín de Argüelles a la Constitución de Cádiz”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 8, 2001, pp. 426-429. Roura Gómez, S. A., “Supremacía y rigidez constitucional en la Constitución de 1812”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 23, 1997, pp. 136-138; *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid, 1998, pp. 141, 144-145 y ss.

⁴⁶ Cfr. Morodo, R., *La transición...*, cit., nota 16, p. 187.

El consenso, así, no se inventa como una fórmula académica y a priori. Por el contrario, es el resultado político-social. O dicho en otros términos, constituye la objetivación de los factores determinantes en una sociedad política, como la española, que deseaba mayoritariamente un cambio en las instituciones, que fuera pacífico y pluralista, que reconciliase y eliminase el antagonismo tradicional de las dos Españas, que asentase, en fin, las libertades públicas democráticas... La canalización política de estas demandas y la resolución de estos obstáculos es la gran operación de la transición. Transición que sólo sería viable armonizando reforma y ruptura, llegando a un acuerdo general, es decir, estableciendo el consenso político-social.⁴⁷

Aunque no sin dificultades, el ánimo de lograr el consenso estuvo, en todo caso, muy presente a lo largo de todas las distintas y sucesivas fases del proceso constituyente.⁴⁸ Y fueron, como no podría ser de otra forma, los partidos políticos, como auténticos e imprescindibles⁴⁹ protagonistas del moderno sistema democrático,⁵⁰ los encargados de crear y actuar aquel consenso.⁵¹ La necesidad de avenencia fue, en efecto, perfectamente

⁴⁷ Morodo, R., *La transición...*, cit., nota 16, pp. 162 y 163.

⁴⁸ Un esquema cronológico del proceso constituyente, puede verse en Alzaga Villaamil, O., Gutiérrez Gutiérrez I., y Rodríguez-Zapata, J., *Derecho político español según la Constitución de 1978. I...*, cit., nota 24, pp. 178-191.

⁴⁹ Cfr. en este sentido, Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, 2a. ed., Barcelona, 1979, p. 37.

⁵⁰ En relación con esto, cfr. Vega, P. de, *Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual*, Barcelona, 1998, pp. 18-27.

⁵¹ No deja de ser significativa a este respecto la posición crítica que mantuvo quien fuera el líder de la coalición derechas (Alianza Popular) en las Cortes Constituyentes, sobre el hecho de que fueran los partidos políticos los encargados de actuar el consenso. Véase Fraga Iribarne, M., *En busca del tiempo servido*, Barcelona, 1987, p. 120. Acaso tan acerba censura pudiera entenderse, y justificarse, por venir de quien ocupaba la posición minoritaria en la Constituyente española de 1977-1978 y, en consecuencia, tenía las menores opciones para determinar el resultado final. Sin embargo, lo que aquella crítica esconde es algo mucho más profundo y preocupante. De lo que en realidad se trata es de una más que sobresaliente incompreensión de las transformaciones básicas y substanciales que se producen en el modo de entender y realizar las relaciones políticas con el tránsito del Estado constitucional liberal al Estado constitucional democrático y social. Esto es, lo que de manera consciente o inconsciente ignora el viejo profesor y político conservador; y es que, en la medida en que el Estado constitucional democrático y social se presenta inevitablemente como un Estado de partidos, lo que sucede es que, como ha puesto de manifiesto el maestro De Vega, "Al margen del juicio que pueda merecernos, es evidente que asistimos a la aparición de una forma de Estado nueva, presidida por la acción y el protagonismo de los partidos políticos. La fragmentación social se traduce así en fragmentación política partidista", en el entendimiento de que son estas organizaciones, y sólo ellas, las que, como muy bien comprendió Hans Kelsen

comprendida en aquellas fundamentales negociaciones entre Abril-Mar-torell, como representante de la UCD, y Guerra, por parte del PSOE, en las que, actuando en nombre de los dos partidos con mayor representa-ción en las Cámaras y que, en consecuencia, tenían las mayores opciones para determinar el resultado final, se concretaron las líneas medulares del futuro texto constitucional. El mismo espíritu, y con carácter general, presidió los trabajos de la Ponencia, y no sólo entre los miembros de los dos grandes partidos presentes en ella, sino también en los de las mino-rías. Lo mismo sucedió, por último, en la Comisión Constitucional y en la fase de discusión en el Pleno del Congreso de los Diputados y el del Senado.

Lógicamente, todo esto habría de generar consecuencias tanto en el texto elaborado como en su aceptación. En efecto, el deseo consensual determinó que todos los protagonistas del proceso constituyente estuvie-ran dispuestos a realizar concesiones a los otros grupos. Se abandonaba, de esta suerte, la práctica común en nuestra historia constitucional, según la cual el partido mayoritario pretendía convertir la Constitución en una especie de gran programa nacional de su organización. De ahí, justamen-te, la nota de la gran inestabilidad que define nuestro constitucionalismo histórico.⁵²

Frente a esta tradición, tan constante como dramática, nuestros Cons-tituyentes de 1977-1978 optaron por la técnica del *consensus*. Muchas veces, es cierto, y nadie podría negarlo, éste no fue tan real como sus protagonistas han querido hacer ver. Así, nos encontramos con que por ejemplo, en la problemática de la organización territorial del Estado, las fuerzas políticas con representación parlamentaria no fueron capaces de alcanzar un verdadero acuerdo. Y para mantener el consenso, lo que hi-cieron fue llegar a un compromiso apócrifo.⁵³ Otras veces, en muchas de

(*Esencia...*, *cit.*, nota 49, p. 43), canalizan e incorporan al proceso de formación de la volun-tad unitaria del Estado las diversas tendencias y orientaciones políticas que, de modo real, existen en la comunidad política. Cfr. Vega, P. de, “La función legitimadora del Parlamen-to”, en Pau Vall, F. (coord.) et al., *Parlamento y opinión pública*, Madrid, 1985, p. 235.

⁵² En relación con la inestabilidad de constitucionalismo histórico español, cfr. por to-dos, Vega, P. de, “Constitución y democracia”, en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, pp. 82-84.

⁵³ Cfr. en este sentido, González Encinar, J. J., “La descentralización como proceso: España”, en González Encinar, J. J. (comp.), *Autonomía y partidos políticos*, Madrid, 1984, p. 124. Sobre la cuestión “consenso-disenso” en el último proceso constituyente español, por

las materias confiadas a la Ley Orgánica, el *consensus* se traducía en la constatación de que el acuerdo era en aquel momento imposible, de suerte tal que lo que se hacía era remitir el problema a un momento posterior, esperando que entonces si fuera posible el acuerdo. Nada de extraño tiene, en tales circunstancias, que la figura de la Ley Orgánica fuera interpretada como el instrumento de los Constituyentes para alargar *sine die* el proceso constituyente.⁵⁴

Sea de ello lo que sea, es lo cierto que, con carácter general, el consenso existió. Resultado de lo cual fue un código constitucional que, pese a todas las equívocas, indeterminaciones, e incluso contradiccio-

comodidad, *cfr.* Ruipérez, J., *La Constitución del Estado de las autonomías...*, cit., nota 2, pp. 127-156.

⁵⁴ A este respecto, *cfr.*, Vega, P. de, “Los órganos del Estado en el contexto político institucional del Proyecto de Constitución”, *La Costituzione spagnola nel trentennal de la Costituzione italiana*, Bolonia, 1978, p. 15; Fernández, T. R., *Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, pp. 29 y 32. Aunque mostrándose crítico con la apreciación de que esa prolongación *sine die* se hiciera a favor de las propias Cortes Constituyentes, coincide, de alguna manera, Óscar Alzaga en atribuir a las Leyes Orgánicas ese carácter de ser una prolongación del proceso constituyente. Para el profesor Alzaga, la remisión a la Ley Orgánica se debía, en muchos casos, a que “se pensaba que el contenido a reglar exigía una norma de rango semiconstitucional” (Alzaga Villaamil, O., *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Madrid, 1978, p. 542), aunque un “sector de la doctrina ha descrito esta motivación como el deseo de los constituyentes *de retener una parte del Poder Constituyente que entonces ejercían, ante la incapacidad de ejercerlo entonces, para el futuro*. En puridad esto no es exacto ya que aquellas Cortes no retenían nada para sí, más bien imponían un *deber de consenso* mínimo a las futuras cámaras, o —si se prefiere expresar a su manera— retenían en favor de éstas (órgano constituido, que no constituyente) una parte de complementar la obra constituyente”. Véase Alzaga Villaamil, O., “En torno al concepto de Ley Orgánica en la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, p. 120. La realidad histórica da la razón a Alzaga cuando afirma que la retención de la facultad constituyente, que obviamente se produce, no se hizo en favor de las Cortes Constituyentes, las cuales se disolvieron una vez que el texto constitucional fue aprobado. Ello no obstante, ha de tomarse en consideración, y acaso aquí se encuentre la justificación de la opinión de los otros iuspublicistas, que, como ha recordado De Vega, “No deja de ser sintomático a este respecto que, después de aprobada la Constitución de 1978, durante algún tiempo se mantuviera la tesis de que, las mismas Cortes que elaboraron la ley fundamental, deberían continuar como Cortes ordinarias” (Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, pp. 36-37). De todas formas (y esto es lo que interesa) al remitirse a la Ley Orgánica, los redactores de la Constitución dejaron, de una u otra suerte, indefinidamente abierto el proceso constituyente, reteniendo con ello la facultad constituyente si no para sí como órgano Cortes Constituyentes, sí como partidos políticos que habían de ocupar las futuras cámaras legislativas ordinarias.

nes que encierra, o precisamente por ellas,⁵⁵ pudo ser aceptado por todos los, en terminología de Lassalle, “factores reales de poder”.⁵⁶ Y es que en todo caso, se trataba de un texto que, al no generar grandes entusiasmos en ninguna de las fuerzas políticas, tampoco suscitaba grandes rechazos en las mismas. Esto fue, justamente, lo que hizo que su aprobación fuere tan amplia. Lo fue, en efecto, en el órgano parlamentario encargado de redactar y aprobar el Proyecto de Constitución. El resultado de la votación final, celebrada de manera coextensa pero independiente, en ambas Cámaras, el 31 de octubre de 1978, no puede ser, en verdad, más contundente.⁵⁷ En el Congreso, el Proyecto fue aprobado por 325 votos afirmativos, frente a 6 negativos, 14 abstenciones y 5 ausencias; en el Senado, fueron 226 los votos “sí”, frente a 5 “no”, 8 abstenciones y 9 ausencias. Pero lo fue también, y de manera indiscutible, en la consulta refrendataria:⁵⁸ con una participación del 67.1%, el voto afirmativo fue el 87.9% de los votos válidos emitidos.

A la vista de lo anterior, debiera ser innecesario realizar cualquier tipo de observación. Ocurre, no obstante, que las singulares circunstancias por las que atraviesa la España actual —de manera muy especial, el reflorecimiento de las ideologías nacionalistas y el gran auge los nacionalismos de ámbito regional— obligan a lo contrario. Y es que bien conocido es, los partidos del llamado “nacionalismo moderado”, CiU y sobre

⁵⁵ Cfr. en este sentido, Morodo, R., *La transición...*, cit., nota 16, pp. 178 y ss.

⁵⁶ Cfr. Lassalle, F., *¿Qué es una Constitución?* (1862), Barcelona, 1984, p. 84.

⁵⁷ Estos datos los tomo de Esteban, J. de, “El proceso constituyente español”, en Tezanos, J. F., Cotarelo, R. y Blas A. de (eds.), *La transición democrática española*, Madrid, 1989, p. 294. En el Congreso votaron “no” los diputados Silva Muñoz, Fernández de la Mora, Martínez Emperador, Mendizabal y Jarabo Payá, todos ellos de la entonces coalición de Alianza Popular, y Letamendía, de Euskadiko Ezkerra. Por su parte, las abstenciones correspondieron al PNV en bloque, Aizpún de la UCD; Licinio de la Fuente, Álvaro Lapuerta y Piñeiro Ceballos, de AP; Heribert Barrera (ERC), integrado en el grupo de Minoría Catalana; Joaquín Arana y Morales Moya, del Grupo Mixto. Entre las ausencias, destacó la del diputado J. R. Lasuén, que había sido expulsado de la UCD. En el Senado, los votos contrarios al Proyecto de Constitución fueron los de Bajo Fando y Bandrés, de Grupo Vasco; Gamboa, senador real; Carazo y Xirinaacs, del Grupo Mixto; absteniéndose De Irujo, Monreal, Oregui, Uría (senador real) y Zabala, del Grupo Vasco; Audet, del Grupo Mixto, así como los senadores reales Díez-Alegría y Salas Larrazábal. Las ausencias fueron las de Rubial, Unzueta y Serrahina, por enfermedad; Fernández-Miranda, Félix Calvo Ortega, González González, Ibarondo, Julian Marías y Manuel Vidarte, que no justificaron su inasistencia.

⁵⁸ Fuente: Junta Electoral Central, recogido por Maravall J. M., y Santamaría, J., “Transición política y consolidación de la democracia en España”, en Tezanos, J. F. et al. (eds.), *La transición democrática española*, cit., nota 57, p. 209.

todo, PNV, a pesar de la contundencia de los resultados, están hoy empeñados en que no se ha ejercido el derecho de autodeterminación, entendido como ejercicio del Poder Constituyente, entre los españoles. Conclusión a la que llegan desde la rara especie de que ellos, el PNV, no votaron aquel texto. El vigente código jurídico-político fundamental sería, desde esta óptica, una norma impuesta y no el resultado de la inequívoca voluntad del pueblo en favor del Estado constitucional, y que, de una u otra forma, y en tanto esta problemática se había convertido en el tema central de la campaña electoral, se había hecho ya patente en los comicios de 15 de junio de 1977. Razonamiento que, cualquiera que sea la opinión que cada uno tenga sobre la Constitución de 1978, no tiene la más mínima consistencia.⁵⁹ Sobre todo, si el mismo se enfrenta a los más clásicos esquemas de la teoría de la Constitución.

No hace al caso, a los efectos que aquí importan, el detenerse en una pormenorizada exposición de la confrontación entre la democracia de la identidad y la democracia representativa, o si se prefiere, de la tensión Rousseau/Montesquieu, que presidió el momento del nacimiento del Estado constitucional.⁶⁰

Lo que nos interesa es indicar que nuestro último proceso constituyente se desarrolló combinando el modelo representativo que, partiendo de la afirmación de Montesquieu, de que el “pueblo es admirable cuando realiza la elección de aquellos a quienes debe confiar parte de su autoridad, porque no tiene que tomar decisiones más que a propósito de cosas que no puede ignorar y de hechos que caen bajo el dominio de los sentidos... Pero, en cambio, no sabría llevar los negocios ni conocer los lugares, ocasiones o momentos para aprovecharse debidamente de ellos”⁶¹ fue teorizado por Sieyès, y que se convirtió, en cuanto que daba plena satisfacción, en un primer momento, a las oligarquías burguesas y, posteriormente, a las de los partidos políticos, en la regla general en Europa,⁶² y la idea democrática de que corresponde al pueblo, y sólo a él, la deci-

⁵⁹ Cfr. a este respecto, y por comodidad, Ruipérez, J., *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995, pp. 50-62.

⁶⁰ Sobre esta problemática, cfr., Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp.24 y ss.; y 99 y ss.

⁶¹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (1748), Madrid, 1985, primera parte, libro II, capítulo II, p. 12.

⁶² Cfr. a este respecto Zweig, E., *Die Lehre von Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tubinga, 1909, p. 132; Arnould, G., *De la révisión...*, cit., nota 40, p. 32.

sión sobre los modos y las formas en que va a ser gobernado. Idea esta última que determinaría que:

Precisamente para evitar que este derecho irrenunciable del pueblo pudiera convertirse en una mera declaración nominal, y que el ejercicio efectivo de la soberanía y del Poder Constituyente recayera exclusivamente en las Asambleas representativas o Convenciones, se abrió paso, en los inicios del constitucionalismo moderno, la tesis rousseauiana de la necesidad de ratificar por el propio pueblo los textos constitucionales elaborados y discutidos por las Asambleas.⁶³

Es, justamente, tomando en consideración esta doble circunstancia desde donde ha de procederse al análisis de los resultados de la aprobación del vigente texto constitucional y, en definitiva, desde donde se podrá de manera ponderada y cabal, determinar su valor.

Comenzó, como decimos, nuestro último proceso constituyente, por describirlo desde la concepción de Sieyès,⁶⁴ con la atribución por parte del pueblo español a sus representantes parlamentarios de un poder extraordinario que, en último término, les facultaba para proceder a la elaboración del proyecto constitucional. Pues bien, es aquí donde surge la crítica de los partidos nacionalistas. Más concretamente, dirá el PNV que el vigente texto no es la Constitución de los vascos toda vez que ellos —que, por cierto se autoatribuyen el monopolio de la representación del pueblo vasco— no lo votaron aquel 31 de octubre de 1978.

Argumento que, como a nadie puede ocultársele, sería totalmente cetero si el proceso de redacción y aprobación de aquella se hubiera desarrollado en el contexto, no del constitucionalismo moderno, sino de la etapa feudal, que es la que muchas veces parecen añorar,⁶⁵ o como mínimo, en el de *l'ancien régime*. En el primer caso, porque al tratarse de un

⁶³ Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 104.

⁶⁴ Señala, a este respecto, el abate revolucionario que los “Representantes *extraordinarios* tendrán un nuevo poder tal como plazca a la nación dársele. Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma en realidad todas las veces que las circunstancias fuera de orden común pudieran exigirlo, es menester que confíe a representantes extraordinarios los poderes necesarios para esas ocasiones”. Véase Sieyès, E. J., *¿Qué es el tercer Estado?* (1789), Barcelona, 1985, p. 91. En relación con todo ello, cfr., Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, 1948, pp. 1.196-1.201.

⁶⁵ En relación con esto, véase Ruipérez, J., “Sobre el derecho de autodeterminación”, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, cit., nota 32, pp. 341-365.

auténtico contrato suscrito entre el monarca y los distintos señores territoriales, por el que estos últimos, por sí y en nombre de sus súbditos, se obligan a guardar obediencia al primero, el asentimiento de todos era un requisito necesario. En el segundo, por su parte, por cuanto que los representados sólo se veían afectados por la actuación de los representantes, más bien mandatarios, que se ajustase a lo consignado en el “cuaderno de instrucciones”.

Ocorre, no obstante, que nada de esto resulta de aplicación en un Estado constitucional que, como señala Egon Zweig,⁶⁶ se identifica, desde la obra de Sieyès, con el gobierno representativo. En efecto ha de tenerse en cuenta a este respecto, que frente a los argumentos esgrimidos por el nacionalismo conservador vasco —y en general, por todas las organizaciones nacionalistas de ámbito regional— se estableció en los albores del Estado constitucional la ficción de que todos y cada uno de los parlamentarios de las Asambleas Constituyentes representaba a la totalidad del pueblo.⁶⁷ El propio Sieyès se encargaría de sentar este principio cuando, en la sesión de 7 de septiembre de 1789, afirmó que el “diputado lo es de la nación entera, pues todos los ciudadanos son sus comitentes”.⁶⁸

Desde la anterior consideración, la insostenibilidad de la tesis nacionalista se hace, según mi modesto entender, meridiana. Dos son, de manera fundamental, los argumentos que nos conducen a la anterior conclusión.

Parte, en primer lugar, el nacionalismo conservador vasco de la idea de que la vigente Constitución no puede, por un lado, reputarse como el ejercicio del derecho de autodeterminación, como teoría democrática del Poder Constituyente, y por otro, que bajo ningún concepto puede entenderse como la Constitución de los vascos, toda vez que los parlamentarios del PNV no votaron afirmativamente. Lo que, traducido en otros términos, no significa sino que al entender el código jurídico-político fundamental como un auténtico contrato, se admite como único criterio válido para su aprobación el de la unanimidad. Criterio claramente incompatible con la propia teoría democrática del Poder Constituyente del

⁶⁶ Cfr. Zweig, E., *Die Lehre...*, cit., nota 62, pp. 127 y ss.

⁶⁷ Cfr. Heller, H., *La soberanía...*, cit., nota 15, p. 167.

⁶⁸ *Archives Parlementaires*, primera serie, vol. VIII, p. 594. Discurso recogido hoy, bajo el título de “Opinión del abate Sieyès sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789”, Sieyès, E. J., *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, 1990, pp. 111-128, versión por la que cito; en concreto, la cita del texto se encuentra en p. 119.

pueblo, y mucho más con el modelo representativo que, en tanto que se integraron y participaron activamente en él, habían aceptado. No puede olvidarse, en este sentido, que, como advirtió Hans Kelsen,⁶⁹ el sistema de la democracia representativa, en el que se decide por el principio mayoritario, supone una previa y total renuncia a la exigencia de la unanimidad a la hora de formar la voluntad del Estado.

Porque esto es así, la conclusión a la que desde la más elemental lógica jurídica y política ha de llegarse, resulta diáfana y cristalina. Poco importa que en la votación del 31 de octubre de 1978, el Partido Nacionalista Vasco se abstuviera y que, si es que se le reconoce como verdadero representante de los vascos, la extinta Euzkadiko Ezkerra votase en contra, para que la vigente Constitución sea el instrumento de gobierno de todos los españoles, incluidos, naturalmente, los vascos. Y ello es así por la sencillísima razón de que desde la teoría de la democracia representativa, se entiende que la voluntad mayoritaria de la asamblea es la voluntad unitaria del órgano representativo y, en consecuencia, la voluntad unitaria de la nación o del pueblo como ente político unitario.

En segundo lugar, es menester tomar en consideración que la única manera posible de entender que todos y cada uno de los diputados representa a la totalidad del pueblo, es la de articular la representación sobre la base del mandato libre. Circunstancia que lógicamente, no puede dejar de generar efectos, que por lo demás, resultan de una trascendental importancia para el problema que ahora nos ocupa. Ha de recordarse a este respecto, que al organizarse, desde los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, el sistema político como democracia representativa con mandato libre, lo que sucede es que “ni el representante opera sólo en nombre de los grupos o personas que lo eligen, ni el mandato se circunscribe a lo establecido en los cuadernos de instrucciones, ni existe, por último, la figura de la revocación”.⁷⁰

La inconsistencia de los argumentos del PNV adquiere, en tales circunstancias, su máxima expresión. Que ello sea así, se explica por cuanto que de igual suerte que los electores de los diversos distritos no se encuentran representados únicamente por los diputados y senadores

⁶⁹ Cfr. Kelsen, H., “El problema del parlamentarismo” (1929), *El primato del Parlamento*, Milán, 1982, p. 175.

⁷⁰ Vega, P. de, “El significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, 1985, p. 27.

elegidos en ellos sino, por el contrario, por la totalidad de aquellos en cuanto que representantes de la nación entera, ningún parlamentario, o grupo de parlamentarios, puede, de manera aislada, atribuirse la representación exclusiva y excluyente, de una o varias circunscripciones concretas. Ni siquiera podría hacerlo aunque, como no es el caso, hubieran sido la única fuerza política elegida en ellas.

Si todo lo anterior es ya suficientemente indicativo del deseo de los ciudadanos españoles, todos ellos, de gozar de los beneficios derivados del Estado constitucional, no puede olvidarse, en este mismo sentido, que los resultados de la aprobación parlamentaria del Proyecto de Constitución se vieron ratificados por la intervención directa, el 6 de diciembre de 1978, del propio pueblo soberano. Y es que nuestro último proceso constituyente, que tan atípico había sido en cuanto a su iniciación y desarrollo, acabó, sin embargo, adscribiéndose a la mejor práctica en el ejercicio del *Pouvoir Constituant*, y que hunde sus raíces en el más puro y clásico pensamiento democrático. De una manera muy básica, éste se concreta en la idea de que, porque el pueblo es el único sujeto legitimado para decidir los modos y las formas en que ha de ser gobernado y, además, porque éste, como único dueño de su destino, no puede delegar ni ceder su soberanía, es absolutamente necesario que sea el propio pueblo quien apruebe de forma definitiva el texto constitucional.

No hace falta, porque es bien conocido, detenerse mucho en indicar que este modelo, que de uno u otro modo, había encontrado ya una primera manifestación práctica en la Inglaterra de Cromwell con la aprobación popular, en 1647, del *Agreement of the People*,⁷¹ sería el que se pondría decididamente en marcha en la tradición constitucional estadounidense. No sucedería, empero, lo mismo en la Europa continental del Estado constitucional liberal.

De hecho, en la Europa de los inicios del constitucionalismo moderno, ampliamente rendida a los planteamientos de Sieyès, la apelación al pueblo para la definitiva aprobación de la ley constitucional tan sólo fue llevada a cabo con la Constitución francesa de 1793. Lo que, por lo demás, no tiene nada de extraño. Al fin y al cabo, ésta fue un código jurídico-político fundamental que, iniciada su redacción el 11 de octubre de 1792 por los girondinos, la culminaría el jacobinismo revolucionario ra-

⁷¹ Cfr. a este respecto, Borgeaud, C., *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, pp. 6-11.

dical de izquierdas,⁷² muy influido por el pensamiento de Rousseau. Así las cosas, nada de particular tiene que aprobado el texto por la Convención, el 24 de junio de 1793, el mismo fuera sometido a la voluntad soberana del pueblo en una consulta llamada plebiscitaria.

Nació de esta suerte en Europa la figura del “referéndum constitucional”. Ello no obstante, habría que esperar un largo período para que el modelo se repitiera. En efecto, el referéndum constitucional sólo volvería a aparecer con el definitivo triunfo del principio democrático tras la Primera Guerra Mundial, en textos como el alemán de 1919 y el austriaco de 1920. En todo caso, esta práctica se generalizaría ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.⁷³

Es, como hemos indicado, a esta buena práctica a la que se adscribió nuestro Constituyente de 1977-1978. Aunque no sin algún problema, éste optaría por aceptar tanto el referéndum constitucional, en sus dos modalidades de facultativo (artículo 167) y obligatorio (artículo 168), para llevar a cabo la revisión de la Constitución, como también, y con una mayor importancia para lo que aquí interesa, el de aprobación definitiva del propio texto constitucional.

De nuevo, la argumentación hoy esgrimida por el nacionalismo regionalista resulta inaceptable. La misma, además de contradicha por los resultados de la consulta en sus respectivos territorios,⁷⁴ acaba desvaneciéndose ante la anterior realidad. Conclusión a la que, según mi parecer, no ha de resultar muy difícil llegar. Sobre todo, si se toma en consideración el significado y alcance del referéndum constitucional.

Como a nadie puede ocultársele, la modalidad más frecuente del referéndum constitucional, es, en la medida en que se celebra en el marco de un Estado constitucional ya operante, la de la aprobación de las reformas de la Constitución. En este supuesto, la finalidad de *l'appel au peuple* no es la de convertir la revisión, que es siempre, y como bien advirtió Schmitt,⁷⁵ una facultad constitucional, que se actúa dentro de la Constitu-

⁷² Sobre este particular, *cfr.* Borgeaud, C., *Établissement..., cit.*, nota anterior, pp. 248-253; Arnould, G., *De la révision..., cit.*, nota 40, pp. 56-69.

⁷³ *Cfr.* Vega, P. de, *La reforma constitucional..., cit.*, nota 54, pp. 106 y 107.

⁷⁴ A este respecto, es menester indicar que si en un cómputo global la Constitución fue aprobada por el 87.9% de los votos válidos emitidos, también lo fue en cada una de las actuales Comunidades Autónomas. Así, y a título de ejemplo, nos encontramos con que el Proyecto Constitucional recibiría el voto afirmativo del 91,9% de los votos válidos en Andalucía, el 90.5% en Cataluña, el 88.2% en Galicia y, finalmente, el 69.1% en el País Vasco.

⁷⁵ *Cfr.* Schmitt, C., *Teoría..., cit.*, nota 39, p. 114.

ción y, en consecuencia, limitada por ésta, en un auténtico acto de soberanía.⁷⁶ Por el contrario, y como han puesto de relieve, por ejemplo, Galeotti⁷⁷ y De Vega,⁷⁸ ocurre que aquí el acto del referéndum se presenta, ante todo y sobre todo, como un acto de control. Esto es, lo que con la apelación al cuerpo electoral se hace no es sino reconocer a los ciudadanos el derecho —por lo demás irrenunciable desde la lógica del democratismo radical— a controlar en todo momento los actos de sus representantes. Control que, en este caso, se ejercerá mediante la ratificación o el rechazo de las propuestas de estos últimos. De esta suerte, nos encontramos con que, lejos de dar entrada en la vida del Estado constitucional ya operante al Poder Constituyente originario:

De lo que se trata... es de impedir que del seno del mismo Estado constitucional emerjan falsos y subrepticios poderes soberanos... Frente a la fácil e infundada crítica de quienes ven en referéndum un elemento distorsionante de la democracia representativa... hay que señalar que el fundamento y la grandeza de la institución radica en la pretensión de evitar que la voluntad de pueblo, expresada a través de las Asambleas pueda ser trastocada por éstas y convertida en su única y soberana voluntad.⁷⁹

Si esto es así, ocurre que cuando la consulta popular tiene por finalidad la aprobación de la Constitución, y no la de sus reformas, el referéndum constitucional tendrá un significado y alcance mucho más amplio. Lo que se explica por el hecho de que éste se realiza cuando todavía no ha nacido el Estado constitucional. De esta suerte, nos encontramos aún en un momento fáctico en el que quien actúa, y quien debe actuar, no son los poderes constituidos que, creados y ordenados por la normativa constitucional, entrarán en escena cuando la Constitución haya sido aprobada, sino, muy al contrario, el Poder Constituyente originario.

Desde esta perspectiva, el mayor alcance del referéndum de aprobación del proyecto constitucional aparece como algo obvio. La aprobación

⁷⁶ En contra de esta afirmación, y relacionado con el referéndum obligatorio del artículo 168 C.E., véase, Aragón, M., *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, *passim*, especialmente pp. 25 y ss, 33, 34, 38, 52, 103, 129 y 130; Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid, 1992, pp. 35-36 y 140-141.

⁷⁷ Cfr. Galcotti, S., *Esigenza e problemi del referéndum*, Milán, 1970, pp. 7 y ss.

⁷⁸ Cfr. Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 113 y 114.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 118 y 119.

refrendataria de la Constitución tiene, cómo no, esa naturaleza de acto de control de los ciudadanos sobre los representantes. También ahora, en efecto, tiene el sentido de evitar que los parlamentarios, transformándose en falsos y subrepticios soberanos, hubieran podido distorsionar el, desde los esquemas del abate revolucionario, mandato extraordinario que recibieron por parte del pueblo en los comicios. Pero, junto con esta función, y esto es lo que realmente es importante y resulta trascendente; la intervención directa del cuerpo electoral adquiere, ahora sí, la condición de convertir la votación en un verdadero, e indiscutible, acto de soberanía.

Esto fue, justamente, lo que sucedió en España el 6 de diciembre de 1978. El referéndum que aquel día se celebró sólo puede entenderse como la manifestación, por lo demás, y como hemos visto, clara y contundente, del derecho del pueblo, como ente político único que es el titular de la soberanía y del Poder Constituyente, a decidir por él mismo los modos y las formas en que ha de ser gobernado en el futuro. Esta circunstancia, que nunca debería ser olvidada, es la que determina no sólo que el vigente código jurídico-político fundamental lo sea de todos los españoles, sino también el que sus soluciones, en cuanto que obra del soberano, se impongan a todos. Lo que en todo caso, no es sino la lógica y necesaria consecuencia de la propia forma política “Estado constitucional”. Importa recordar en este sentido, que fue ya el reverendo John Wise, “el más conspicuo mentor de la revolución” (Adams), quien puso de manifiesto esta circunstancia cuando en 1717 sentenció que:

Un voto o decreto [la Constitución] debe inmediatamente establecer una particular forma de Gobierno sobre ellos. Y si han convenido en el primer Compact una cláusula expresa de que se estará en todo lo concerniente a la forma de Gobierno a la decisión resultante del primer Voto: Todos ellos estarán obligados por la mayoría a aceptar la forma particular así establecida, aun cuando su propia Opinión privada, les incline hacia algún otro modelo.⁸⁰

Porque esto es así, la conclusión a la que ha de llegarse es sólo una. Se podrá decir, ciertamente, que la vigente Constitución no es la que se hubiera hecho por parte de algunos grupos políticos, y que en consecuencia

⁸⁰ Wise, J., *A Vindication for the Government of the New England Churches. a Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity Divine Providence has put upon it*, Boston, 1717, p. 33.

y desde las más variadas intenciones y diversas finalidades, se aspira a su substitución. Lo que, como a nadie podría ocultársele, resulta plenamente lógico cuando esto lo afirman los partidos políticos a los que se excluyó del consenso, pero no con los que participaron, y de manera muy activa, en él. Se podrá, asimismo, afirmar que las circunstancias políticas, sociales y económicas han cambiado en España de modo substancial, y que por ello mismo, el texto de 1978 ya no resulta adecuado para conducir la vida del Estado. Finalmente, será también posible decir, desde la mayor de las irresponsabilidades y, en todo caso, con unos planteamientos dignos de lo que, en su día, Pedro de Vega calificó de oposición quiliástica, mesiánica y estética,⁸¹ que hoy la Constitución “está muerta” (J. Anguita). Ahora bien, si esto es así, ocurre que a la vista de los resultados de la votación parlamentaria del 31 de octubre, y de la refrendataria de 6 de diciembre de 1978, de lo que no puede caber duda alguna es de que el texto constitucional que así se aprobaba respondía, de manera clara e inequívoca, a la voluntad mayoritaria, y en consecuencia, y como diría, por ejemplo, Hermann Heller,⁸² a la *volonté générale*, del pueblo español.

Así las cosas, nada de extraño hay en que, a lo largo de este año, sean muchos los actos que se realicen en homenaje a la Constitución de 27 de diciembre 1978. Unas veces, los mismos se llevarán a cabo, únicamente, para rendir tributo al propio documento de gobierno, es decir, a la mera

⁸¹ Con esta expresión nos referimos a movimientos de protesta que, en rigor, se presentan “como simple evasión estética y romántica de los compromisos que impone una realidad cruel. Se trataría entonces de simples radicalismos estéticos, cuya mayor o menor grandeza moral carece de sentido a nivel social” (Vega, P. de, “Para una teoría política...”, *op. cit.*, nota 37, p. 44; véase también, pp. 25 y ss.), y que siendo conscientes de su propia incapacidad política y efectiva, y sin aspirar realmente a llevar a la práctica aquello que proponen, no dudan en proceder a cuestionar los fundamentos de la legitimidad del sistema. De acuerdo con Morodo, R. (*Atando cabos...*, *cit.*, nota 18, pp. 418 y ss.), las expresiones “oposición estética” y “radicalismo estético” fueron utilizadas por Enrique Tierno Galván en los años 1962-1964, y en trabajos tales como “Los substitutivos del entusiasmo” (*Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, núm. 26, 1962) y “Radicalismos estéticos o falsos radicalismos” *Humanismo y sociedad*, Barcelona, 1964; para describir la postura del F.I.P. Circunstancia que señala Morodo (*Atando cabos...*, *cit.* nota 18, pp. 419 y 130), ha dado pie a que, de forma total y absolutamente extemporánea, se hayan realizado —y se sigan verificando— exacerbados ataques, *vendettas*, a la figura política e intelectual del “viejo profesor”, tales como las que, con un tono inquisitorial, lleva a cabo Alonso de los Ríos, C., *La verdad sobre Tierno Galván*, Madrid, 1997. Coincide en esta última apreciación Novella Suárez, J., *El proyecto ilustrado de Enrique Tierno Galván. Biografía intelectual y política*, Madrid, 2001, pp. 29-33.

⁸² Cfr. Heller, H., *La soberanía...*, *cit.*, nota 15, pp. 166-168.

“hoja de papel” en terminología de Lassalle. Otras, por el contrario, festejarán la circunstancia de que el texto que nos dimos hace 25 años sigue siendo, en la medida de lo posible, capaz de conducir adecuadamente el proceso político democrático entre nosotros.

Todos estos actos estarán, sin duda, muy justificados. De manera básica y fundamental, son dos los motivos que propician tal condición. Motivos por los que, en último término, habrían de unirse a la conmemoración incluso sus más radicales contradictores. Que ello sea así, se explica por cuanto que lo que ahora va a festejarse es algo que a todos, al menos a todos los demócratas, interesa.

A nadie puede ocultársele que de lo que se trata en primer lugar es de celebrar que el pueblo español, como ente político unitario, recuperó su condición de soberano, de la que había sido despojado durante los años de la atroz, cruel y sanguinaria dictadura. Fue precisamente la circunstancia de saberse y sentirse los únicos sujetos legitimados para decidir los modos y las formas en que desean ser gobernados en el futuro, lo que condujo a los españoles, y sólo a ellos (sin necesitar el concurso de “héroes” y “salvadores de la patria”, y sin tutelas por parte de nadie, ni siquiera de los que creían actuar “por la gracia de Dios”), a darse una nueva Constitución. Texto con el que nuestra comunidad política se configura como un auténtico Estado constitucional democrático y social, y que, como establece el Preámbulo, pretende edificar una “sociedad democrática avanzada”.⁸³

En mi opinión, a todos habría de serle grato conmemorar esto; también a aquéllos que, aunque dicen defender la democracia, desean que el código fundamental español de 1978 no sea de aplicación en sus territorios. La razón habría de ser fácilmente comprensible.

Es necesario advertir que es la circunstancia a la que acabamos de aludir la que en última instancia, otorga plena legitimidad a sus aspiraciones. En efecto, es, justamente, porque el pueblo español, como unidad, es soberano, y que por ser tal puede, como afirma Heller,⁸⁴ imponer su voluntad a todos y cada uno de los ciudadanos aisladamente considera-

⁸³ Sobre este concepto, cfr. Lucas Verdú, P., *Curso de derecho político IV. Constitución de 1978 y transformación político-social española*, Madrid, 1984, pp. 441-477. Véase, igualmente, Tajadura Tejada, J., “La noción de sociedad democrática avanzada en la Constitución de 1978”, *Sistema*, núm. 147, 1998, pp. 27-52.

⁸⁴ Cfr. Heller, H., *La soberanía...*, cit., nota 15, p. 168.

dos (el pueblo como pluralidad), por lo que queda siempre expedita la posibilidad de cambiar el marco constitucional.

Debemos a Jean-Jacques Rousseau una observación fundamental a este respecto. Fue el “ciudadano de Ginebra” quien, al afirmar el carácter, siempre y de forma necesaria, temporal de la voluntad del soberano,⁸⁵ puso de manifiesto que el pueblo como soberano tiene en todo momento el derecho a revocar el pacto social. Potestad que sin embargo no es absolutamente ilimitada. Según Rousseau,⁸⁶ para que la derogación del pacto social vigente pueda reputarse legítima, es menester que se observen las mismas solemnidades que fueron ejecutadas para su puesta en marcha. Lo que, aplicado a las pretensiones nacionalistas —y, en todo caso, aquí se encuentra su principal problema— significa que el cambio del marco constitucional hoy vigente no puede verificarse mediante las patológicas figuras del falseamiento de la Constitución —con el que se pretende otorgar a ciertas normas constitucionales un significado y un sentido distintos, e incompatibles, con el que realmente tienen— y el fraude constitucional,⁸⁷ con el que se pretende, utilizando formalmente el procedimiento legal-constitucionalmente previsto para la reforma, crear un régimen político nuevo y un ordenamiento constitucional diferente. Por el contrario, sería necesario abrir un nuevo proceso constituyente.⁸⁸

Pero si esto es así, ocurre, en segundo término, que no menos digno de alegría y de ser honrado es el hecho de que la Constitución de 1978 continúe en vigor. Hasta sus más acérrimos y acerbos detractores habrían de congratularse por esta circunstancia. El vigente texto se ha convertido en el código constitucional democrático que, aunque técnicamente muy inferior a otros de nuestra historia —singularmente el de 193— ha gozado de mayor vigencia temporal, y, además, ha sido capaz de crear una auténtica realidad constitucional.⁸⁹

⁸⁵ Cfr. Rousseau, J. J., *Du contrat social ou principes de droit politique* (1762), París, 1966, libro II, capítulo I, pp. 63 y 64.

⁸⁶ Cfr. Rousseau, J. J., “Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma” (1771), *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988, capítulo IX, p. 104.

⁸⁷ Sobre estas figuras, cfr. Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, pp. 291 y ss.

⁸⁸ En este sentido, Ruipérez, J., *Constitución y autodeterminación*, cit., nota 59, pp. 151 y 152.

⁸⁹ Es menester advertir que utilizamos aquí la expresión “realidad constitucional” no en el sentido que da a este término Karl Loewenstein, *Teoría...*, cit., nota 25, pp. 216 y ss.;

El motivo de celebración entonces, es que por fin hemos sido capaces de superar aquel que, en 1911, Manuel Azaña llamó “El problema español”. Lo que, en definitiva, ha permitido que el Estado constitucional se enraice en España. Se sientan de este modo las bases, ciertamente esperanzadoras, para que aunque se cambie de instrumento de gobierno, aquella forma política no corra peligro entre nosotros.

Así las cosas, nadie podría, cabalmente, negar la importancia y trascendencia que revisten los actos de celebración del vigésimo quinto aniversario de la vigente ley constitucional. Con ello, se contribuirá, de manera indubitada, a la materialización del ideal democrático de formar hombres libres, y no súbditos. Piénsese, en este sentido, que lo que se logrará con tales actos será que nazca un sentimiento constitucional⁹⁰ que, en la medida en que confirma la fuerza normativa de la Constitución,⁹¹ nos elevará, de manera definitiva, y dicho sea en términos rousseauianos, a la condición de auténticos ciudadanos, caracterizados por el amor a una libertad que sólo el Estado constitucional puede garantizar.

II. UNA CUESTIÓN METODOLÓGICA

Ocurre, no obstante, que para que todos estos homenajes al texto constitucional cumplan esta tan fundamental misión, es preciso que los mismos sean efectivos. En este sentido, podría acaso pensarse que lo mejor sería actuar desde las premisas desde las que los primeros revolucionarios liberal-burgueses pusieron en marcha el concepto racional normativo de Constitución. Nos referimos, claro está, a la utópica idea del

“Verfassung und Verfassungsrealität (Beiträge zur Ontologie der Verfassung)” *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 77, 4 (1951-1952), pp. 387 y ss. Como bien denuncia Stern, K. (*Derecho del Estado...*, cit., nota 7, p. 244), “más bien obscurece que clarifica el problema”, sino en el que le otorga, por ejemplo, un Konrad Hesse (“Concepto y cualidad de la Constitución”, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, Madrid, 1983, p. 30). De esta suerte, nos encontramos con que sólo cabe hablar de “realidad constitucional” cuando se verifique la adecuación entre la llamada realidad jurídico-normativa y la realidad político-social. Siendo así, evidente resulta que nunca podría existir una realidad constitucional al margen o en contra de la propia Constitución.

⁹⁰ Cfr. Lucas Verdú, P., *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, 1985.

⁹¹ Cfr. Hesse, K., “La fuerza normativa de la Constitución”, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, cit., nota 89, pp. 61-85.

liberalismo racionalista de que la Constitución, como obra de la razón, es un documento válido en todo momento y lugar.⁹² Lo que, en definitiva y

⁹² Interesa destacar que nos encontramos aquí con uno de los más sobresalientes rasgos del concepto liberal-burgués, o si se prefiere, racional normativo, de Constitución. El cual, en último extremo, se deriva directamente de la intención de los revolucionarios liberal-burgueses a la hora de aprobar los nuevos instrumentos de gobierno. Nos referimos en concreto a su deseo de proceder a la racionalización de la vida política, presente y futura del Estado, mediante el establecimiento y sanción de un código jurídico-político válido en todo momento y lugar. Intención que es ciertamente nueva. No se trata tan sólo de que la nueva ley fundamental sea aprobada con la intención de ser eterna (cfr. a este respecto, Salas y Cortés, R., *Lecciones...*, cit., nota 45, pp. 316-317; Kelsen, H., *Teoría general del derecho e dello Stato*, 5a. ed., Milán, 1978, p. 264; Stern, K., *Derecho del Estado...*, cit., nota 7, pp. 226-227), sino de la creencia de que tal tarea podía ser hecha de una sola vez. En efecto, el liberalismo racionalista, escribirá M. García-Pelayo, “parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles”. En “Constitución y derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, *Revista de Estudios Políticos*, núms. 37-38, 1948, pp. 55-56. Convicción que, como es sobradamente conocido, sirvió de base principal para la crítica que se formuló a esta idea de Constitución. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, entre las coincidencias que presentan el concepto sociológico e histórico tradicional, nacidos ambos en relación dialéctica con el liberal-burgués, y que muchas veces se entremezclan y confunden (véase, a este respecto, Balmes, Jaime, *Política y Constitución*, Madrid, 1988), destaca sobremanera, la de reprochar al concepto racional normativo su escasa, por no decir ninguna, conexión con la realidad que pretendía regular. Así lo hará, por ejemplo, Ferdinand Lassalle en su célebre trabajo *¿Qué es una Constitución?* (cit., nota 56). Entendiendo éste, como todo el sociologismo, que la Constitución es, ante todo y sobre todo, el resultado de las situaciones y estructuras del presente, Lassalle (*¿Qué es una Constitución?*, cit., nota 56, pp. 92-93 y ss.) procederá a establecer la distinción entre “Constitución jurídica” o escrita, que es a la que se refiere la concepción racional normativa, y “Constitución real”, la cual no se identifica con el texto que explicita por escrito los factores reales de poder que existían en un concreto momento histórico, sino con la propia existencia y actuación de los mismos, en el entendimiento de que los “factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que *no puedan ser*, en sustancia, *más que tal y como son*” (*¿Qué es una Constitución?*, cit., nota 56, p. 84). Nada de particular tiene, en tales circunstancias, que Lassalle niegue la pretendida validez en todo tiempo y lugar que los liberales racionalistas atribuían a la Constitución escrita, y afirme que ésta acabará siendo una mera “hoja de papel” carente de toda eficacia. La razón es fácilmente comprensible. En este sentido, debe tenerse en cuenta que entre la Constitución jurídica, o escrita, y la Constitución real existe, y debe existir, una cierta relación de adecuación. De hecho, la virtualidad y eficacia de la primera depende, desde la concepción lassalliana, de que se adecúe perfectamente a la segunda. Es verdad que la Constitución jurídica toma en consideración los factores reales de poder operantes en la sociedad de que se trate. Ahora bien, lo que sucede es que sólo, y como seguramente no podría ser de otra forma, se considera a los que existían en el momento de discutir, aprobar y sancionar el texto constitu-

en consecuencia, permitiría honrar a la vigente Constitución procediendo a la construcción de un modelo ideal y mítico.

cional. De esta suerte, lo que puede suceder es que, con el paso del tiempo, la “hoja de papel” no atienda a las situaciones y estructuras sociales del presente, sino del pasado. Y es justamente esta circunstancia la que le priva de una verdadera eficacia, o, si se prefiere, fuerza normativa real. Porque esto es así, la conclusión a la que llega Lassalle es límpida y rotunda. Pretender que la razón puede establecer una regulación racional de la vida del Estado de una vez y para siempre, resulta a todas luces absurdo toda vez que solamente puede afirmarse que una Constitución jurídica es buena y duradera “cuando esa Constitución escrita *corresponda* a la *Constitución real*, a la que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen en el país. Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que *no hay manera de eludir* y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que *sucumbir* ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país” (*¿Qué es una Constitución?*, cit., supra, p. 109). La crítica no es menos suave desde la concepción histórica tradicional, tanto en su versión más radical, que es la que se corresponde con el pensamiento contrarrevolucionario y claramente antidemocrático de los Bonald, L-A de, “Teoría del poder político y religioso” (1796), *Teoría del poder político y religioso*. Teoría de la educación social, Madrid, 1988, pp. 3-142; Maistre, J. de, *Consideraciones sobre Francia* (1796), Madrid, 1990; y Burke, E., *Reflexiones sobre la Revolución francesa* (1790), Madrid, 1978, como en su manifestación más moderada de, por ejemplo, un Humboldt, Wilhem von, *Los límites de la acción del Estado* (1792), Madrid, 1988. Ahora, lo que se reprochará al pensamiento liberal-democrático no es su falta de conexión con la realidad, viva y dinámica, de la sociedad, sino por el contrario, su desvinculación con la realidad histórica. Sea de ello lo que fuere, lo que a nosotros interesa es dejar constancia de que estas críticas no son correctas. Frente a lo sostenido por el sociologismo y el historicismo, lo cierto es que el concepto liberal-burgués de Constitución nace estrechamente vinculado a una época concreta y a un sistema político, social y económico determinado, dentro del cual es donde justamente aquél encuentra su sentido pleno (cfr. en este sentido García-Pelayo, M., “Constitución y derecho constitucional...”, op. cit., nota 92, p. 62). En efecto, desde el punto de vista del tipo racional normativo, la Constitución y con ella, el Estado constitucional aparece como respuesta a los intereses de la burguesía ascendente. Tanto es así que, desde una óptica marxista, Rescigno, G. U., *Corso di diritto pubblico*, Bolonia, 1989, 2a. ed, pp. 75 y ss.; ha podido afirmar que, cuando menos en Europa, el moderno Estado constitucional surge cuando la burguesía, que ya controlaba los resortes del poder económico y social, desea hacerse también con el control del poder político, hasta entonces, y en buena medida satisfaciendo los intereses de aquélla, en manos de un monarca absoluto. Fue, por lo tanto, la resistencia de este último a abandonar el poder político lo que, en definitiva, dio origen al proceso revolucionario liberal-burgués en Francia. La consecuencia de la anterior aseveración es, a nuestro entender, meridiana. El primer Estado constitucional nace, desde la aceptación de los presupuestos fisiocráticos de la absoluta y radical separación entre Estado y sociedad, bajo la forma del Estado liberal, articulado en base al sistema de producción capitalista. Lo que, como es lógico, habrá de tradu-

Esto es lo que, de uno u otro modo, hizo la Escuela Alemana de Derecho Público de los von Gerber,⁹³ Laband⁹⁴ y Jellinek,⁹⁵ y con ella, todo el positivismo jurídico, convertido hoy en positivismo jurisprudencial. En efecto, al tratar de elaborar, desde una pretendida total y absoluta objetividad y neutralidad ideológica, una teoría del derecho y del Estado netamente científica y pura, partió el positivismo jurídico de la consideración de que los fenómenos históricos, sociales, económicos y políticos eran unos meros fenómenos naturales, ajenos, por tanto, al mundo jurídico. Nada de extraño tiene que, al partir de aquella antidialéctica concepción, los autores clásicos del positivismo formalista llegasen “a la convicción de que de igual manera que en la ciencia natural cabe dar leyes universales y generales, válidas para todos los tiempos y lugares, también en el ámbito del Derecho, de la Política y del Estado era posible vertebrar una sistema de validez universal”.⁹⁶ De esta suerte, procedió la Escuela Alemana de Derecho Público a la creación de un sistema que, elaborado al margen de la realidad y de la historia, y procediendo a la absolutización de los principios liberales del Estado de derecho,⁹⁷ tenía vocación de eternidad. Lo que a la postre les condujo a la absurda afirmación de que si la realidad no coincide con el modelo teórico ideal, tanto peor para la realidad. De ahí, justamente, la quimérica y no menos in-

cirse en el contenido y función de los primeros textos constitucionales. Éstos, en efecto, se caracterizarían no por estar al servicio de la libertad de todos los individuos, sino por tratar de reconocer, establecer y garantizar la libertad burguesa (cfr. a este respecto y por todos, Hesse, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, 1995, pp. 33-45). Pues bien, es menester indicar que fue justamente esa conexión entre norma y realidad política la que, en último extremo, determinó la quiebra total del sistema constitucional liberal y su sustitución por el constitucionalismo democrático y social, la cual se debe, entre otras razones, a la imposibilidad de seguir manteniendo las condiciones en que aquél había surgido, y que, en definitiva, comenzó a ponerse de manifiesto según fue ampliándose, de la mano de sufragio, el cuerpo político para dar entrada junto a la burguesía al proletariado.

⁹³ Gerber, C. F. von, *Diritto pubblico*, Milán, 1981.

⁹⁴ Laband, P., *Le droit public de l'Empire Allemand*, París, 1900 (t. I), 1901, (t. II), 1902 (t. III), 1903 (ts. IV y V) y 1904 (t. VI).

⁹⁵ Jellinek, G., *Die Lehre von der Staatenverbindungen*, Viena, 1883; *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1981; *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, 1912; *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, 1991; *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1903), México, 2000.

⁹⁶ Vega, P. de, “El tránsito...”, *op. cit.*, nota 8, p. 66.

⁹⁷ Cfr. en este sentido y por todos, Heller, H., “La crisi della dottrina dello Stato” (1926), *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, *cit.*, nota 33, p. 40.

fundada distinción entre la “verdad” de la construcción jurídica objetiva y pura, y la “verdad” que se manifiesta en la vida política.

Varias son, como es de todos conocido, las críticas que se han hecho, y que pueden y deben seguirse haciendo, al positivismo jurídico a ultranza. No pretendo, ni mucho menos, resucitar aquí y ahora viejas controversias habidas en nuestra academia, y que encontraron su máxima expresión en la no siempre bien entendida polémica entre Pablo Lucas Verdú⁹⁸ y Eduardo García de Enterría.⁹⁹ En la misma, participaron ya, y de una manera más acertada de lo que yo podría hacerlo, muchos iuspublicistas españoles.¹⁰⁰ No puedo, sin embargo, dejar de consignar, en la medida en que resultan trascendentes para lo que aquí nos importa, tres de las objeciones clásicas que se realizaron a las construcciones del positivismo jurídico formalista.

1. La primera de ellas, es la que se refiere a la oposición entre verdad jurídica y verdad política y social. Distinción que resulta de ninguna utilidad para operar de manera correcta en el ámbito del derecho ordinario, en cualquiera de sus variantes. Así lo admiten, con carácter general, los estudiosos de estas ramas.¹⁰¹ Y si esto es así en relación con el derecho ordinario, la improcedencia de tal distinción es mucho más evidente en el derecho constitucional. Al fin y al cabo, no puede olvidarse que de lo que se trata es justamente de alcanzar una ponderada y cabal compren-

⁹⁸ Cfr. Lucas Verdú, P., “El derecho constitucional como derecho administrativo (La «ideología constitucional» del profesor García de Enterría)”, *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, núm. 13, 1982, pp. 7-52.

⁹⁹ Cfr. García de Enterría, E., “Prólogo”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981; “El derecho constitucional como derecho”, *Revista de Derecho Político/U.N.E.D.*, núm. 15, 1982, pp. 7-20.

¹⁰⁰ De entre todos los que participaron en aquella polémica, destacaremos, tan sólo, el trabajo de Alejandro Nieto, “Peculiaridades de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, vol. I, pp. 371-415. Para este ilustre administrativista, el reto fundamental al que se enfrenta el derecho constitucional contemporáneo no estriba tanto en afirmar la plena juridicidad de todos y cada uno de los preceptos que integran la Constitución —juridicidad plena que, además, Nieto no admite por considerar que es menester distinguir, dentro del texto constitucional, entre normas de eficacia jurídica directa o plena, y normas “cuya eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura”— sino que lo auténticamente relevante, y lo que ciertamente interesa, es garantizar la “complitud de la norma constitucional en lo que respecta a la vida estatal”.

¹⁰¹ Aunque referido exclusivamente al distrito civil, cfr. a este respecto, Pena López, J. Ma., “La historicidad del derecho civil”, *Actualidad y Derecho. Revista Semanal de Actualidad Jurídica*, núm. 48, 1995, pp. 2-9.

sión de una norma, la Constitución, cuyo objeto de regulación es, como con total acierto advirtió, entre otros, Smend,¹⁰² la vida del Estado. Vida dinámica y, en consecuencia, y por definición, históricamente cambiante.

En el fondo, la apelación a la existencia de las dos verdades, la jurídica y la político-social, se explica sólo como el resultado de la propia incapacidad del positivismo formalista para construir un sistema coherente, al margen de los avatares políticos. Heinrich Triepel, de modo harto contundente, se encargaría de poner de manifiesto este fenómeno. Y lo haría en unos términos que, aunque la cita sea larga, no me resisto a reproducir:

Bien es verdad que ya entonces mucha gente había puesto en entredicho la antítesis entre ciertas construcciones jurídicas y la realidad de la vida política. Sin embargo, a los representantes de la Escuela no les molestó el hecho de que un hombre como el jurista francés Duguit les exclamase: il n'y a pas deux vérités sociales. Anschütz ha dicho que lo que para el historiador y político es en verdad verdadero no lo es necesariamente para un análisis jurídico-público. Todavía en 1913 reconocía Anschütz la hegemonía prusiana en Alemania desde un punto de vista histórico-político, negándola enérgicamente, sin embargo, desde el punto de vista del Derecho público. Ello era, desde la perspectiva de la Escuela, completamente consecuente, pues ésta se vio en la imposibilidad de utilizar la hegemonía como un concepto jurídico.¹⁰³

2. La segunda de las objeciones que de manera tradicional se ha hecho al positivismo jurídico, y que ahora nos interesa destacar, es la que se refiere a su pretensión de edificar una doctrina totalmente objetiva, científica y pura, actuando, para ello, desde la más absoluta, tajante y definitiva neutralidad ideológica. Crítica que se le formula porque, en realidad, su pretendida neutralidad ideológica y objetividad científica era y es, imposible de llevar a cabo, interesada, científicamente inadecuada y peligrosa, falsa e hipócrita. Veámoslo con algún detenimiento, aunque sea de forma sintética.

Como ya hemos indicado, pretendió el positivismo formalista llevar a cabo la forja dogmática del derecho público desde la pureza metodológica y la asepsia valorativa. Lo que, necesariamente, obligaba a actuar de una forma neutral desde el punto de vista ideológico. Posición ésta que

¹⁰² Cfr. Smend, R., "Constitución y derecho constitucional" (1928), *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, 1985, p. 132.

¹⁰³ Triepel, H., *Derecho público...*, cit., nota 7, pp. 40 y 41.

acaso, encuentre su manifestación suprema en la actitud que adoptó Kelsen en su célebre controversia —sin duda, la más rica y fecunda de todo el siglo XX— con Carl Schmitt. En ella el insigne jurista austriaco reprocharía al alemán que su construcción teórica sobre la protección de la Constitución —que de manera básica, éste había explicitado en sus escritos *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, de 1929, y *Der Hüter der Verfassung*, de 1931—¹⁰⁴ se encontraba viciada y, en consecuencia resultaba inservible por su muy evidente carga ideológica y su total ausencia de una rigurosa separación entre el conocimiento científico y el valor político.¹⁰⁵

De una manera más concreta, Hans Kelsen señala que con la apelación a la doctrina constantiana del *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*, lo que Schmitt hace es, pura y simplemente, exhumar “del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber. que el jefe del Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución, con el fin de poner nuevamente en uso para la República democrática en general, y en especial para la Constitución de Weimar, ese requisito verdaderamente cubierto de polvo”.¹⁰⁶ Lo que, concluye el vienés, en último extremo:

Se trataba —¿quién podría aún hoy dudarlo?— sólo de una ideología demasiado evidente, una de las tantas ideologías, cuyo sistema configuró la así llamada doctrina constitucional, mediante la cual y a través de la cual esta interpretación de la Constitución buscaba ocultar su intención fundamental: compensar la pérdida de poder que el jefe del Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional.¹⁰⁷

Lo de menos es detenerse a denunciar el altísimo grado de doblez que existe en la actitud de Kelsen, y cuya comprensión no es difícil de lograr. Que, en efecto, la obra de Carl Schmitt está muy influida por sus propias convicciones políticas es algo bien conocido y que por lo demás resulta

¹⁰⁴ Ambos trabajos se incorporarían, refundidos, reelaborados y ampliados, a Schmitt, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución* (1931), Madrid, 1983.

¹⁰⁵ Cfr. Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), Madrid, 1995, pp. 81-82.

¹⁰⁶ Kelsen, H., *¿Quién debe...?*, cit., nota anterior, p. 9.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

incuestionable.¹⁰⁸ Ahora bien, lo que no puede ignorarse es que el creador del Grupo de Viena incurre, en su crítica, en la más absoluta de las hipocresías al no reconocer que también él opera con criterios ideológicos. Téngase en cuenta que, como con total claridad y contundencia, ha puesto de relieve el maestro De Vega:

La denuncia ideológica operada por Kelsen a las tesis contrarias se vuelve también... sobre su propia concepción. Lo que significa que si la argumentación jurídica de Schmitt sobre el guardián de la Constitución, adquiere la

¹⁰⁸ Con carácter general, *cfr.* sobre esta cuestión, Fijalkowski, J., *La trama ideológica del totalitarismo. Análisis crítico de los componentes ideológicos en la filosofía política de Carl Schmitt* (1959), Madrid, 1966. El componente ideológico de la obra de Schmitt es, como decimos, indiscutible. Tanto es así, que muy bien puede afirmarse que en términos generales, la misma se caracteriza por dos notas: 1a.: Porque en ella se verifica una de las mejores (si no la mejor) descripciones del Estado constitucional liberal, en donde se procede a poner de manifiesto todos los defectos y contradicciones del mismo. De ahí, precisamente, el interés que paradójicamente han despertado los trabajos de Carl Schmitt en los dos momentos más democráticos de nuestra historia (la II República y el actual). Al fin y al cabo, lo que a los demócratas interesa es conocer los fallos del Estado constitucional para, en la medida de lo posible, proceder a su corrección. 2a.: Ocurre que, siendo cierto lo anterior, la lectura de los escritos schmittianos ha de realizarse con sumo cuidado y atención. Y ello por cuanto que, de manera ideológicamente interesada, en la exposición de los defectos y contradicciones del Estado burgués de derecho, éstos son magnificados por Schmitt para demostrar la total y absoluta inviabilidad de aquél. Lo que, como muy bien indica Pedro de Vega ("Prólogo" a Schmitt, C., *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, *cit.*, nota 104, pp. 12-14), hace trascendiendo el ámbito de la crítica immanente, que es la propia del teórico, para situarse en el de la crítica trascendente, procediendo, en un juicio político y no científico, a la condena del modelo y de sus bases legitimadoras. Circunstancia que es llevada a sus últimos extremos en el célebre trabajo de C. Schmitt intitulado *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* ("Sobre el parlamentarismo", Madrid, 1990). Esta es, sin disputa, la obra más ideológica del brillante jurista y politólogo alemán. Lo que, a la postre, determina que la lógica anteriormente expuesta no opere en ella. En efecto, todo el planteamiento de *Sobre el parlamentarismo* gira en torno a la necesidad de demostrar el axioma, claramente antidemocrático, de que porque el Parlamento, como institución democrática por excelencia, plantea determinados problemas operativos y no funciona, al menos conforme al modelo ideal y que nunca existió en realidad, la democracia es imposible. *Cfr.* en este sentido, Vega, P. de, "La función legitimadora...", *cit.*, nota 51, p. 234. Lo que sucede es que, como ha señalado Eloy García, en este escrito lo que "interesa a Schmitt no es la descripción del Estado parlamentario, sino demostrar la conclusión que le sirve de punto de partida, porque el Parlamento está en crisis, la democracia es imposible. Para ello lo que hace es falsear la auténtica realidad del parlamentarismo y eludir la cita de sus auténticos teóricos". Véase García, E., "Estudio preliminar" a Hamilton, W. G., *Lógica parlamentaria/Parliamentary Logick o de las reglas del buen parlamentario* (1808), Madrid, 1986, p. 44, nota 15.

plenitud de su sentido a la luz del principio monárquico, que como presupuesto político le sirve de fundamento, el razonamiento de Kelsen sólo se explica y justifica desde la cimentación histórica y social del principio democrático.¹⁰⁹

Lo que realmente nos interesa es advertir con Pedro de Vega,¹¹⁰ que en el ámbito de las ciencias sociales, entre las que como ciencia social-normativa se encuentra el derecho constitucional,¹¹¹ es totalmente imposible mantener una absoluta neutralidad ideológica. De manera fundamental y básica, las razones que explican esta imposibilidad son dos. En primer lugar, porque la mera decisión de hacer primar un tema sobre otro y, entonces, convertirlo en objeto de atención de la propia investigación, implica ya un cierto posicionamiento ideológico ante la realidad que se pretende estudiar. Mi dilecto maestro lo pondría claramente de manifiesto, cuando escribió que “Puesto que la propia mecánica del comportamiento teórico requiere, en todo caso, partir de determinados puntos de vista y seleccionar aquellos aspectos de la realidad que parecen más relevantes, es evidente que a la base del mismo existe siempre una decisión metafísica y esencialmente valorativa por la cual se hacen prevalecer, entre los múltiples matices que la realidad ofrece, unos sobre otros”.¹¹² Ocurre, en segundo lugar, que también los resultados a los que se llega en la investigación de que se trate, estarán inevitablemente condicionados por la posición ideológica que mantenga el autor de aquélla. Así por ejemplo, y como a nadie puede ocultársele, no podrá ser igual la valoración que hagan de la propiedad privada y de su función social un profesor que se mueva en el ámbito del pensamiento democrático-progresista, y otro que lo haga en el del liberalismo clásico o el conservadurismo.

Porque esto es así, se podrá decir, como hacía, por ejemplo, Triepel,¹¹³ que la misión del profesor de derecho constitucional es la de analizar los fenómenos políticos con criterios jurídico-públicos y en definitiva, justificar sus afirmaciones no desde la mera convicción ideológica, sino desde estos criterios. Pero lo que nunca podrá hacerse es negar la influencia

¹⁰⁹ Vega, P. de, “Supuestos políticos...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 395-396.

¹¹⁰ Cfr. Vega, P. de, “Ciencia política e ideología”, *Estudios político constitucionales*, *cit.*, nota 37, pp. 142-159.

¹¹¹ Cfr. en este sentido, Schneider, H. P., “La Constitución...”, *op. cit.*, nota 7, p. 43.

¹¹² Vega, P. de, “Ciencia política...”, *op. cit.*, nota 37, p. 143.

¹¹³ Cfr. Triepel, H., *Derecho público...*, *cit.*, nota 7, pp. 41-42 y ss.

que la ideología tiene sobre los resultados de la investigación. Desde esta perspectiva, y frente a la denunciada hipocresía de Kelsen, parece mucho más correcta la postura por ejemplo, de Carl Friedrich. Éste no tiene ningún reparo en afirmar su falta de neutralidad ideológica a la hora de abordar sus investigaciones, de suerte tal que, reconociéndose abiertamente demócrata, declarará que:

La clara profesión de las normas fundamentales para nosotros mismos nos parece ser una condición previa para un trabajo científico en el terreno político. Soy plenamente consciente de que el hecho de mi convicción personal teñirá necesariamente tanto mi actitud como el análisis que intento exponer. Esto no excluye, sin embargo, que nos esforcemos por lograr un enfoque objetivo y también, especialmente, por reconocer aquellas partes negativas que puedan ser observadas en un determinado fenómeno político, como, por ejemplo, la Democracia.¹¹⁴

Así las cosas, nos encontramos con que, al ser completamente imposible la total e ilimitada neutralidad ideológica, la apelación que el positivismo jurídico clásico hacía a la absoluta objetividad y pureza científica adquiriría un inequívoco carácter interesado en el plano académico. En el fondo, lo que, con aquella apelación, se perseguía era atribuirse el monopolio en el estudio del derecho constitucional. Esto era muy claro en el actuar de la Escuela Alemana de Derecho Público. Triepel, de nuevo con una inusual dureza, lo pondría claramente de manifiesto. Así, señalará este último que esta “Escuela otorga el título de honor de estrictamente jurídico solamente a aquellas monografías que evitan escrupulosamente todo contacto con lo político. El que no se doblega ante esta tiranía —a veces casi inquisitorial— se le ignora en el mejor de los casos”.¹¹⁵

Lamentablemente —dicho sea con todos los respetos— esta práctica que inició el positivismo jurídico formalista clásico, continúa estando muy presente en los estudiosos de nuestra disciplina. A ello han contribuido, y en no poco, la substitución del positivismo jurídico por el positivismo jurisprudencial y, asimismo, el culto a lo práctico. Lo que es especialmente patente en la academia constitucionalista española. En este sentido, baste con indicar que muchas veces la ciencia del derecho cons-

¹¹⁴ Friedrich, C. J., *La democracia como forma política y como forma de vida*, 2a. ed., Madrid, 1966, p. 16.

¹¹⁵ Triepel, H., *Derecho público...*, cit., nota 7, p. 39.

titucional queda, o al menos se pretende presentar así, reducida a dos contenidos exclusivos: Por un lado, la glosa avalorativa y acrítica de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por otro, a un trabajo que ha de limitarse a ofrecer, en nombre de la pureza científica y de la plena objetividad, soluciones puntuales a los problemas que se plantean en la vida política diaria. Quien pretenda hacer otra cosa, y por decirlo en la expresión de Triepel, sufrirá las consecuencias de la tiranía inquisitorial, es decir, será de inmediato expulsado de la condición de “jurista”.

Sea de ello lo que sea, lo que nos interesa destacar es que por más que en la Alemania guillermina tal actitud reportara innegables beneficios a los autores de la Escuela Alemana de Derecho Público, lo cierto es que la invocación a la absoluta neutralidad ideológica, total objetividad y completa pureza científica del positivismo formalista no es, pese a lo que pudiera suponerse, el mejor método para festejar que la Constitución siga estando, después de veinticinco años, vigente. Antes al contrario, su utilización puede generar unos efectos altamente perturbadores para la finalidad perseguida en los actos de homenaje al código fundamental de 1978. La razón es fácilmente comprensible.

Como es sobradamente conocido, frente al correcto y cabal entendimiento helleriano de que “todo problema jurídico, sin excepción, tiene sus raíces de un lado, en la sociología y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político. Por tanto, los problemas jurídicos no solamente pueden ser estudiados desde los puntos de vista causal y normativo, sino que, además, exige que se efectúe ese doble estudio”,¹¹⁶ el positivismo jurídico clásico, con todas las matizaciones que quieran hacerse sobre sus mantenedores, tendió, de una y otra forma a glorificar el texto de los preceptos constitucionales. Pues bien, aquí reside, justamente, su principal problema. Y es que, en efecto, con este modo de actuar del positivismo jurídico, es decir, con la deificación de la ley constitucional tal y como la había consagrado el Legislador que aprobó la Constitución, y que el positivismo jurisprudencial amplió a las decisiones de los tribunales constitucionales, lo que en realidad se hace es, pura y simplemente, sentar las bases para la substitución de la ideología del constitucionalismo por la ideología de la Constitución¹¹⁷ de cuyas nefas-

¹¹⁶ Heller, H., *La soberanía...*, cit., nota 15, p. 111.

¹¹⁷ Para la comprensión de ambos conceptos, *cfr.* Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 13, pp. 30-54.

tas consecuencias, no sólo para el cabal y ponderado entendimiento de la Constitución, sino también para el desarrollo, profundización e, incluso, mantenimiento del Estado constitucional mismo, habremos de ocuparnos posteriormente.

Decíamos antes que el método de la Escuela Alemana de Derecho Público no es únicamente imposible de llevar a cabo y académicamente interesado, sino que resulta, asimismo, científicamente inadecuado y políticamente peligroso. Condición ésta que es predicable de todo el positivismo y no tan sólo del positivismo jurídico. Lo que, según mi modesto entender, no ha de ser difícil de comprender, y compartir.

Se define, con carácter general, el positivismo por su pretensión de edificar un sistema científico desde la más absoluta de las objetividades y, también, desde la más concluyente neutralidad ideológica. A ella apelaron, en efecto, tanto los sociólogos desde August Comte;¹¹⁸ politólogos como Johann Caspar Bluntschli,¹¹⁹ Franz von Holtzendorff,¹²⁰ Robert Michels,¹²¹ Vilfredo Pareto¹²² y Gaetano Mosca,¹²³ así como los autores del positivismo jurídico. Para ello, lo que hicieron fue trasladar al ámbito de las ciencias sociales, jurídicas y políticas el método de las ciencias naturales, en la creencia de que en el primero sería también posible la formulación de reglas universales, válidas en todo tiempo y lugar.

Tal modo de actuar implicaba, de manera necesaria, una voluntaria renuncia al compromiso social y político en el origen de la investigación social. Pero también, y esto es lo importante, el positivismo supone una marginalización del compromiso en el resultado de la misma. Lo que quedaba bien patente en las siguientes palabras de Michels: “La finalidad principal de la ciencia no es crear sistemas sino, más bien, promover su comprensión. Tampoco el propósito de la ciencia sociológica es descubrir ni redescubrir soluciones... El propósito del sociólogo ha de ser,

¹¹⁸ Comte, A., *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, 2000.

¹¹⁹ Bluntschli, J. C., *Allgemeine Staatsrecht*, Munich, 1852; *Théorie générale de l'État*, París, 1877; *Derecho público universal*, Madrid, 1880, 2 vols.

¹²⁰ Holtzendorff, F. von (ed.), *Enciklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung*, Leipzig, 1870.

¹²¹ Michels, R., *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna* (1911), Buenos Aires, 1979, 2 vols.

¹²² Pareto, V., *Il sistema socialista*, Turín, 1951; *Trattato di sociologia generale*, Florencia, 1923.

¹²³ Mosca, G., *Elementi di scienza politica*, 2a. ed., Turín, 1923; *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1984.

más bien, exponer en forma desapasionada las tendencias y fuerzas antagónicas, las razones y las refutaciones; exponer, en resumidas cuentas, la trama y urdimbre de la vida social".¹²⁴ Es, justamente, aquí donde se encuentra el principal problema del positivismo como método científico. En efecto, ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que, al querer ser tan objetivos en su estudio de la realidad, lo que los autores positivistas, todos ellos, hicieron fue alejarse de la propia realidad que pretendían estudiar. Sus consecuencias no pueden ser más claras. Como con total acierto y claridad meridiana ha indicado Pedro de Vega, "Lo que ocurre es que la descripción positivista de la realidad acaba no adaptándose a ella. Y es entonces cuando la misma realidad se vuelve contra el positivismo".¹²⁵

En todo caso, es, de una manera muy concreta, ese voluntario abandono de la realidad, que a la postre acaba convirtiendo a la ciencia en un mero sistema de justificación de los hechos consumados, lo que convierte el método positivista en políticamente peligroso. Peligroso, al menos, cuando de lo que se trata es de conmemorar una fiesta democrática. Y es que, de modo más que lamentable, un tal método termina favoreciendo a las dictaduras. El ejemplo de Mosca¹²⁶ es especialmente ilustrativo al respecto. Piénsese que, siendo un liberal en su vida política, su antide-mocratismo intelectual, que le llevará a la defensa del elitismo, así como su falta de compromiso social, determinaría que la obra científica de Mosca sirviera de punto de apoyo para la demagogia mussoliniana. Lo mismo podríamos, muy bien, decir del positivismo jurídico. Baste aquí con recordar la utilización que las dictaduras hicieron de las construcciones de los autores del positivismo formalista sobre el Estado de derecho que, al privarlo de su contenido material convertían en un simple Estado jurídico.¹²⁷

Pero si esto es así desde una perspectiva general, debemos, de manera inmediata, advertir que en el supuesto de la Escuela Alemana de Derecho Público, la tan enfáticamente proclamada neutralidad ideológica y política era radical y absolutamente falsa. En efecto, el método utilizado en sus investigaciones tenía ya, y por más que lo tratase de ocultar, una

¹²⁴ Michels, R., *Los partidos políticos...*, cit., nota 121, vol. 1, p. 8.

¹²⁵ Vega, P. de, "Ciencia política...", cit., nota 37, p. 155.

¹²⁶ Cfr. a este respecto y por todos, Vega, Pedro de, "Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual" (1971), *Estudios político constitucionales*, cit., nota 37, pp. 70-99.

¹²⁷ Véase *supra*, nota 33.

finalidad política muy clara. Y ésta no era otra que la de edificar un derecho del Estado (*Staatsrecht*) ultraconservador y autoritario que a la postre sirviera para consolidar la posición y el poder del rey de Prusia como emperador de Alemania. A ello respondía, de forma más que evidente, su apelación al derecho privado. Baldassarre lo ha puesto claramente de manifiesto cuando señala que:

Conviene dejar muy claro que el recurso al Derecho Privado en Laband resultaba estrictamente funcional respecto de la institución de una teoría formalista que a su vez y en la particular formulación por él defendida, constituía el mejor soporte teórico de una concepción autoritaria del Estado y del Derecho Público... El formalismo resultaba funcional para el mantenimiento y reforzamiento de esta asimetría de posiciones, y para demostrarlo baste recordar como ejemplo que la indiferencia de valores y de contenidos llevó a un Laband, absolutamente coherente con sus propios postulados, a negar la posibilidad de existencia de derechos de libertad frente al Estado, porque en su concepción, el único espacio libre que en pura lógica quedaba al alcance de los ciudadanos era esa libertad natural que surgía allí donde el Estado no extendía su propio poder y su propia relación de dominio.¹²⁸

Finalmente, es menester recordar que la postura que respecto del proceso político mantenía la Escuela Alemana de Derecho Público contenía una grandísima dosis de hipocresía. Según mi parecer esta afirmación no ha de ser muy difícil de comprender y compartir. Ha de tomarse en consideración que de acuerdo con las tesis positivistas —tanto en general, como en el estricto ámbito de la política y el derecho— la construcción de un sistema científico puro sólo podría llevarse a cabo desde la más absoluta neutralidad ideológica en el estudio de la realidad jurídica. Lo que, de manera tan necesaria como inevitable, requería que el estudioso de la Constitución y del Estado se mantuviese totalmente al margen de los avatares de la confrontación política práctica. Comportamiento que, bien conocido es, aquellos ilustres iuspublicistas alemanes exigían a todos los candidatos a la honrosa condición de “juristas”. Ocurre no obstante, que fueron los autores de la propia Escuela Alemana de Derecho Público, los primeros en alejarse de esta máxima metodológica. Triepel lo denunciaría de un modo harto contundente: “Sin embargo la exigencia

¹²⁸ Baldassarre, A., “Constitución...”, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

de que los profesores no debían ocuparse de contingentes discusiones políticas, no ha sido nunca cumplida por ellos, tanto menos cuanto que precisamente cortes y gobiernos se han servido siempre de buena gana de sus dictámenes —solicitados o no— con la condición, claro está, de que se emanasen a su favor”.¹²⁹ El caso de Laband es meridiano a este respecto. Recuértese en este sentido, que fue justamente su participación en cuanto problema jurídico se planteaba en la vida pública de su época, y siempre en favor de los intereses del gobernante, lo que le valió el que fuera calificado como el “jurista del régimen”.

3. La última de las objeciones que se han realizado al positivismo jurídico formalista, y que me interesaba destacar, es la que se refiere al qué y cómo se estudia en la ciencia del derecho constitucional. Crítica que, por lo demás, puede incluso encontrarse en la obra de Jellinek. Piénsese a este respecto en el lamento que en 1906 y en su célebre *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, realizaba sobre los estudios de derecho constitucional de su época. Más en concreto, constata Georg Jellinek que en sus estudios, la doctrina de su tiempo —es decir, la Escuela Alemana de Derecho Público, como único grupo que, según vimos, se reconocía como científico— procedió a una en cierto modo injustificada separación de lo político y lo jurídico, que en todo caso, no se hacía de manera rigurosa. Distinción que, en último extremo, les servía de fundamento para abandonar el estudio del Estado, en el sentido de que, como escribe el maestro de Heidelberg, “A menudo se advierte cómo el profesor de Derecho Constitucional que no puede o no quiere explicar el Estado, deja la política al juicio del poder soberano”.¹³⁰

Obviamente no es éste el momento oportuno para detenernos a enjuiciar la obra de Jellinek.¹³¹ Su valor como síntesis perfecta y magistral de la teoría del Estado del siglo XIX y primeros años del XX (Kelsen)¹³² está fuera de toda duda. No puede olvidarse, en este sentido, que su aparición determinó el olvido de las excelentes contribuciones de por ejemplo

¹²⁹ Triepel, H., *Derecho público...*, cit., nota 7, p. 42; véase, también, pp. 43 y ss.

¹³⁰ Jellinek, G., *Reforma...*, cit., nota 95, p. 41.

¹³¹ Sobre este particular, *cfr.* Vega, P. de, “El tránsito...”, cit., nota 8 pp. 65-66. En general sobre Jellinek y su obra, *cfr.* Lucas Verdú, P., “Estudio preliminar” a Jellinek, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, cit., nota 95, pp. XI-LXXX.

¹³² *Cfr.* en este sentido y por todos, Kelsen, H., “Prólogo”, *Teoría general del Estado*, 15a. ed., México, 1979, p. IX.

Conrad Bornhak,¹³³ Hermann Rehm¹³⁴ o Richard Schmidt.¹³⁵ Lo que nos interesa ahora es destacar que con la queja antes aludida sobre el abandono de las aportaciones de la ciencia política para el correcto entendimiento del Estado, es el propio maestro de Heidelberg quien sienta definitivamente las bases para la crítica que el antiformalismo dirigió al positivismo jurídico formalista de la Escuela Alemana de Derecho Público. La razón es fácilmente comprensible.

Debe recordarse a este respecto que fueron ya Heller¹³⁶ y Smend¹³⁷ quienes, entre otros, advirtieron que una de las principales singularidades de la Constitución es justamente la que se deriva de su objeto de regulación: lo que los textos constitucionales pretenden regular es la vida del Estado, que es una vida histórica y dinámica la cual en consecuencia, se encuentra en continuo movimiento. Peculiaridad que en última instancia se convierte en uno de los elementos esenciales y centrales para otorgar al derecho constitucional su autonomía científica respecto del resto de las ramas de ordenamiento jurídico. En cualquier caso, son dos las consecuencias que se derivan de esta circunstancia. En primer lugar, ocurre que, porque el código jurídico-político fundamental no tiene otro objeto que ordenar la vida estatal, evidente resulta que “sin un conocimiento fundado de lo que es el Estado, no existe a la larga una teoría jurídica del Estado que resulte operativa ni tampoco un desarrollo satisfactorio del derecho constitucional mismo”.¹³⁸ En segundo término, ha de señalarse que en la medida en que pretende realizar la ordenación jurídica del libre juego de las fuerzas políticas, sociales y económicas que actúan en el Estado, la Constitución va a caracterizarse, ante todo y sobre todo, por la naturaleza política de sus preceptos. Lo que, como muy bien indicó Smend,¹³⁹ trae como consecuencia necesaria que su estudio no puede limitarse al mero análisis de la estructura anatómica de sus instituciones, sino, por el contrario, a la determinación de su significado funcional.

¹³³ Bornhak, C., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1896.

¹³⁴ Rehm, H., *Allgemeine Staatslehre*, Friburgo-Leipzig-Tubinga, 1899.

¹³⁵ Schmidt, R., *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1901, 2 vols.

¹³⁶ Cfr. Heller, H., *Teoría...*, cit., nota 6, p. 294.

¹³⁷ Cfr. Smend, R., “Constitución...”, *op. cit.*, nota 102, pp. 129 y ss, 133, 135 y 136, 171 y ss.; 197 y ss.

¹³⁸ Smend, R., “Constitución...”, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁹ Cfr. Smend, R., “La transformación del orden constitucional liberal por el sistema proporcional” (1919), *Constitución y derecho constitucional*, cit., nota 102, p. 28.

Todo lo anterior, como habría de resultar obvio, se concreta en una serie de consecuencias en cuanto a la definitiva configuración del derecho constitucional como ciencia. En efecto, el que sea el Estado el objeto de regulación de la ley fundamental se traduce en que ésta ha de contener unos valores y principios de orden político, sociológico y económico que, en último término, vienen a fundamentar esa estructura estatal concreta que la Constitución pretende regular, y que implicarán, necesariamente, la incorporación a aquélla de una serie de condicionamientos políticos, sociales y económicos de los que nunca podrá prescindir un derecho constitucional consciente de sus propios contenidos.¹⁴⁰

Es, justamente, aquí donde se produce la gran falla del positivismo jurídico formalista. Al excluir voluntariamente, y como mecanismo para no contaminarse, la consideración de los factores políticos, sociales y económicos (renunciando, con ello y como con pesar hubo de reconocer Jellinek,¹⁴¹ a la crítica constructiva del sistema jurídico-político), procedió la Escuela Alemana de Derecho Público a la reducción de toda la vida del Estado, que es dinámica por definición, a la simple exégesis de unos preceptos jurídicos, que también por definición, se presentan como algo estático. De tal forma el Estado perdía toda su dimensión dinámica y su estudio se pretendía llevar a cabo desde la formulación de un modelo general y estático.

Las dificultades y problemas que plantea una tal concepción de la teoría del Estado, se nos antojan evidentes. Las mismas son, en todo caso, las que justifican las (tan contundentes y aceradas como acertadas), críticas de Heller hacia el positivismo jurídico formalista, tanto el puesto en marcha por la Escuela Alemana de Derecho Público como el del Grupo de Viena. Entendía a este respecto y en primer lugar el más lúcido de los teóricos del Estado, que al pretender el positivismo jurídico contraponer de una manera total, radical y absoluta la teoría y la práctica política, cada una de las cuales, como vimos, tendría su propia “verdad”, lo que, en definitiva hicieron fue, desde la plena identificación del Estado con el or-

¹⁴⁰ Cfr. en este sentido, Vega, P. de, *La reforma constitucional...*, cit., nota 54, p. 76.

¹⁴¹ En concreto, señala Georg Jellinek que “sin el conocimiento político se excluye la crítica de la situación jurídica presente en todos los restantes territorios jurídicos. Los juristas consideran tarea suya el cooperar en la mejora de la situación jurídica reinante. Solamente en el derecho constitucional el derecho vigente se trata normalmente como si no necesitase legitimación alguna, y las disputas políticas de los profesores se consideran intrusiones de sus opiniones políticas en la materia jurídica positiva” (*Reforma...*, cit., nota 95, p. 41).

den jurídico, edificar una teoría del Estado sin Estado y una teoría de la Constitución sin Constitución.¹⁴² La inutilidad de la misma era para Heller algo fuera de toda duda. Así, entenderá Heller que, como consecuencia de la voluntaria renuncia a los elementos extrajurídicos, el positivismo jurídico formalista dio origen a una teoría del Estado “cuya parte más valiosa, cultivada sobre todo por Georg Jellinek, era una historia de conceptos; pero el trabajo principal se dirigió hacia la teoría jurídica del Estado que venía a parar en una teoría por la teoría por cuya necesidad nadie preguntaba y para la cual tampoco podía encontrarse en la realidad nada que la hiciera precisa”.¹⁴³

Lógicamente, es esta última crítica la que nos conduce a afirmar la no conveniencia de utilizar el método positivista puro para celebrar un acontecimiento claramente democrático, como es el vigésimoquinto aniversario de la Constitución. La razón no ha de ser muy difícil de comprender. Llevada a sus últimas consecuencias, la concepción positivista conduciría a la comprensión de la democracia, que en realidad sólo puede ser entendida como un proceso dinámico, como un modelo estático. Lo que a la postre generaría notorios perjuicios.

Una larga cita de mi dilecto maestro, servirá para entender a qué nos referimos. Escribe, a este respecto, Pedro de Vega que:

Lo que importa es constatar tan sólo las consecuencias nocivas, prácticas y teóricas, que de ellos cabe deducir. La sacralización del aparato institucional como sistema de referencia en el que se expresan los equilibrios y las reglas del juego político, en detrimento de los valores y principios que constituyen su fuente de inspiración, tiene como traducción inmediata el hecho de que el respeto a esas reglas pasa a convertirse en criterio rector, presupuesto de legitimidad y dogma indiscutible para enjuiciar toda la vida política democrática. Lo que no tendría mayor significación ni importancia si no fuera porque la divinización de las formas y de las reglas del juego para lo único que ha servido... ha sido para raptar de la vida y de la historia los valores que dan sentido a la idea democrática, y para demostrar al mismo tiempo la incapacidad o la imposibilidad de subsumir esos valores en los aparatos institucionales... Desvinculada [la democracia], por un lado, de las bases sociales en las que tendría que encontrar su fundamentación, y reducida, por otro, a un sistema de reglas del juego, nos enfrentamos ante un modelo instrumental y tecnocrático de democracia, con-

¹⁴² Cfr. Heller, H., *Teoría...*, cit., nota 6, pp. 68 y ss.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 42.

sagrado y aceptado por doquier, y que, paradójicamente, obtiene de sus limitaciones, incongruencias y debilidades sus máximos rendimientos... Para empezar, como modelo formal que opera al margen de la realidad y de la historia, presenta la virtualidad de poder aplicarse a cualquier situación. Lo que menos importa es recordar que todos los autócratas encuentran en él un fácil acomodo para disimular y ocultar sus tropelías. Tampoco es lo más grave que a su amparo terminen resultando plausibles las escandalosas explicaciones elitistas de la democracia... Lo que interesa es recalcar el hecho de que, la universalización en el espacio del modelo formalista de democracia, a lo que conduce también es a su paralización en el tiempo. La democracia deja de ser un proceso para convertirse... en una conquista definitiva, inmutable y eterna, capaz de decretar por sí misma la clausura de la historia... [Ocurre, sin embargo, que] Sólo cuando la democracia se entiende como un proceso que se realiza en la historia, es cuando cabe evaluar sus resultados y, sobre todo, plantear y comprender correctamente sus problemas.¹⁴⁴

Así las cosas, fácil es comprender que si de verdad se quiere que todos los actos de homenaje al texto de 1978 sean efectivos y, en consecuencia, contribuyan al fortalecimiento del Estado constitucional, habrá de ser muy otro el método utilizado en los mismos. Y éste, en mi opinión, no puede ser sino el de enfrentar la Constitución formal con la realidad político-social. En este sentido, nada mejor que aceptar las enseñanzas de la que, sin discusión, se presenta como la mejor teoría constitucional,¹⁴⁵ la cual nace en el marco de la república de Weimar,¹⁴⁶ como momento más lúcido de la discusión doctrinal del constitucionalismo moderno,¹⁴⁷ con los trabajos de Hermann Heller¹⁴⁸ y Rudolf Smend,¹⁴⁹ teoría del Estado y de la Constitución que es de la que, se reconozca o no, se derivan las más importantes y valiosas concepciones del derecho constitucional del presente, como son por ejemplo las de Richard von

¹⁴⁴ Vega, P. de, "La democracia como proceso. (Algunas consideraciones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)", en Guerra, A. y Tezanos, J. F. (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, cit., nota 17, pp. 462-466.

¹⁴⁵ Cfr. Vega, P. de, "Mundialización y derecho constitucional:...", *op. cit.*, nota 13, pp. 47-54.

¹⁴⁶ Cfr. al respecto, Lucas Verdú, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987.

¹⁴⁷ Cfr. a este respecto, Vega, P. de, "El tránsito...", *op. cit.*, nota 8, p. 77.

¹⁴⁸ Heller, H., *Escritos políticos*, Madrid, 1985; *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, cit., nota 33.

¹⁴⁹ Smend, R., *Constitución y derecho constitucional*, cit., nota 102.

Bäumlim,¹⁵⁰ Konrad Hesse,¹⁵¹ Herbert Krüger,¹⁵² Friedrich Müller,¹⁵³ Hans-Peter Schneider,¹⁵⁴ y las del popperiano Peter Häberle.¹⁵⁵

La gran contribución de aquellos autores fue la de que el estudio de la Constitución ha de efectuarse siempre, tomando en consideración las categorías de espacio y tiempo. Y es que, en efecto, oponiéndose tanto al positivismo jurídico de los von Gerber, Laband, Jellinek y Kelsen,¹⁵⁶ como al positivismo sociológico realista de Leon Duguit,¹⁵⁷ el institucionalista de Maurice Hauriou¹⁵⁸ y el antidemocrático de los Carl Sch-

¹⁵⁰ Bäumlim, R. von, *Die rechtsstaatliche Demokratie. Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen von Demokratie und Rechtsstaat*, Zurich, 1954; *Lebendige oder gebändigte Demokratie?*, Basilea, 1978.

¹⁵¹ Hesse, K., *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, 1962; "Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 98, 1973, pp. 1-52; *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 11a. ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1978; *Escritos de derecho constitucional (selección)*, cit., nota 89.

¹⁵² Krüger, H., *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Bonn, 1950; *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964.

¹⁵³ Müller, F., *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, entwickelt an fragilen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966; *Normbereich von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1968; *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin, 1969; "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 111-126.

¹⁵⁴ Schneider, H. P., *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1969; *Die Parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main, 1974, 2 vols.; *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991.

¹⁵⁵ Häberle, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, 1996; *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Madrid, 1998; *El Estado constitucional*, México, 2001; *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, 2002; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, 2003.

¹⁵⁶ Kelsen, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollo con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, 1987; *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, 9a. ed., Buenos Aires, 1970; *El Estado como integración. Una controversia de principio* (1930), Madrid, 1997.

¹⁵⁷ Duguit, L., *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (1893), Madrid, 1996; *Etudes de droit public: L'État, le droit objectif, le loi positive*, París, 1901; *Traité de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, 1921, 4 vols.; *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1923; *Soberanía y libertad*, Madrid, s.f.

¹⁵⁸ Hauriou, M., *La souveraineté nationale*, París, 1912; *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, 1927; *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, 1929; *Teoria dell'istituzione e delle fondazione*, Milán, 1967.

mitt,¹⁵⁹ Otto Koellreutter,¹⁶⁰ Ernst Forsthoff,¹⁶¹ etcétera (quienes en general se caracterizaron por atender de manera principal a la realidad política, olvidándose, de una u otra suerte, de la norma concreta, siendo así que “proclamando el valor supremo de la realidad, terminaban reduciendo la política a pura decisión, considerando a la normativa constitucional como un apócrifo, injustificado y fantasmagórico sistema reductor de lo político”¹⁶²) comprendieron tanto Smend como Heller la

necesidad de integrar los elementos fácticos y normativos... en un sistema unitario... Lo que significa que... el Derecho Constitucional rescataba las categorías de espacio y tiempo, y adquiría dimensiones concretas e históricas evidentes... Pero significa, a su vez, que el Derecho Constitucional, como conjunto normativo que se involucra en la realidad social y política concretas, no tenía por qué renunciar a dar sentido histórico y a hacer valer sus proposiciones normativas. Al considerar que los valores, principios, contenidos y objetivos establecidos en las normas sólo pueden explicarse cuando responden a los propios valores y principios que conforman la realidad social, se abría el camino para que la confrontación entre normatividad jurídica y realidad política pudiera empezar a resolverse.¹⁶³

III. LA ACTUAL CRISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN SIN CONSTITUCIONALISMO

Si se admite lo anterior, una conclusión se hará evidente y se nos impondrá de manera inevitable. En efecto, de lo primero que debemos tomar conciencia es de que hoy la Constitución, como documento de gobierno que surge a raíz de las grandes revoluciones liberal-burguesas de finales del siglo XVIII, y que tiene como substrato teórico la confrontación entre los presupuestos ideológicos del pensamiento político liberal y los del pensamiento político democrático, es decir, la Constitución en su

¹⁵⁹ Schmitt, C., *El concepto de lo político*, Madrid, 1991; *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, 1985.

¹⁶⁰ Koellreutter, O., *Grundriss der Allgemeinen Staatslehre*, Tubinga, 1933.

¹⁶¹ Forsthoff, E., *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958; *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, 1975.

¹⁶² Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 13, p. 32.

¹⁶³ Vega, P. de, “El tránsito...”, *cit.*, nota 8, p. 84.

concepto liberal-burgués, está atravesando por una situación crítica. Seguramente, la más difícil, grave y comprometida de cuantas le ha tocado vivir desde que el Estado constitucional, como realidad política efectiva y concreta, hiciera su entrada en la historia.

Una observación se impone a este respecto. Cuando indicamos que el constitucionalismo está atravesando por una situación crítica, no pretendemos hacer referencia a la clásica y en todo caso falaz teoría de que la crisis de la Constitución se debe a que son muy distintas las circunstancias de hoy a las que concurrían a finales del siglo XVIII.¹⁶⁴ Al fin y al cabo, es menester tener en cuenta que:

Las ideas de libertad y democracia, siguen estando presentes en el espíritu humano y aunque las Constituciones hayan dado pruebas bastantes de su impotencia, continúan, no obstante, representando la única vía razonable a través de la cual esas ideas pueden realizarse en la historia. Así se explica que... a pesar de los pesares, la Constitución no haya desaparecido definitivamente. De lo que se trataría... no es de negar los supuestos en que reposa todo el constitucionalismo, sino de procurar que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta de la ley.¹⁶⁵ Y esto fue, justamente, lo que hizo la ideología del constitucionalismo. Al proceder a la transformación en las formas y los contenidos de su materialización, se lograba que los principios constitucionales continuaran siendo efectivos.¹⁶⁶ Lo que permitía, hasta hace bien poco, afirmar que el concepto liberal-burgués de Constitución gozaba de plena validez.¹⁶⁷

Se trata, por el contrario, de una circunstancia mucho más grave. Ha de tenerse en cuenta que cuando aquí hablamos de crisis de la Constitución, estamos aludiendo a un peligro real, cuya gravedad y dramatismo resultan además, difícilmente cuestionables. Y es que no puede ignorarse que en la época del Internet, de la “aldea global”, de la mundialización

¹⁶⁴ En el mismo sentido que el aquí mantenido, *cfr.* Schneider, H. P., “La Constitución...”, *cit.*, nota 7, pp. 35-52, especialmente pp. 39 y 35-36.

¹⁶⁵ Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 108.

¹⁶⁶ En relación con esto, me remito, por comodidad a Ruipérez, J., *La Constitución europea y la teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Madrid, 2000, pp. 84-88.

¹⁶⁷ *Cfr.* Lucas Verdú, P., “¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 75, 1998, pp. 367-392.

económica y, como correlato de ello, de unos detentadores reales del poder a nivel planetario —que, como muy bien indica De Vega,¹⁶⁸ se convierten hoy en la más auténtica representación de lo que Costantino Mortati denominó “*Costituzione in senso materiale*”¹⁶⁹— los viejos, pero sin duda todavía gloriosos, conceptos de “Constitución” y “Estado Constitucional” tienen ante sí un panorama hartamente confuso y asaz oscuro. Panorama tan difícil, complicado y marrullero que en modo alguno resultaría descabellado pensar que, aunque sigan siendo sibilínamente utilizados por doquier, aquéllos pueden estar, incluso, muy cerca de su disolución.

De manera paradójica, a esta situación se llega cuando, desde una perspectiva formal y en extremo ingenua, se ha producido el triunfo definitivo del modelo. En este sentido, debemos advertir que la tan cacareada victoria del llamado “mundo occidental”, o “mundo libre”, sobre el mar-

¹⁶⁸ Cfr. Vega, P. de., “Mundialización y derecho constitucional...”, *cit.*, nota 13, pp. 14 y ss. En un sentido similar, aunque referido expresamente al fenómeno de la integración europea, véase también, Tajadura Tejada, J., “La crisis de la Constitución en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002, pp. 243-269, especialmente pp. 245 y 246.

¹⁶⁹ Cfr. Mortati, C., *La Constitución en sentido material* (1940), 9a. ed., Madrid, 2000; *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, 1985, t. I, pp. 30-34. Cfr. también, Vergottini, G. de, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1983, pp. 138-143; Martines, T., *Diritto costituzionale*, 4a. ed., Milán, 1986, pp. 26-29; *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milán, 1986. En relación con el término y el concepto de “*Costituzione in senso materiale*”, debemos advertir que el mismo no debe confundirse con el de “Constitución material” utilizado por Hans Kelsen (*Teoría pura...*, *cit.*, nota 156, pp. 140-148). Conforme a este último concepto, la Constitución se identifica con aquella parte, fundamental por lo demás, del ordenamiento jurídico que, como consecuencia de su grado superior, establece la vía del desarrollo del derecho del Estado, mediante la designación de los órganos encargados de la creación de las distintas normas y del procedimiento que en cada caso, éstos hayan de observar para la emanación de dichas normas. Asimismo, es menester aclarar que nada tiene que ver la Constitución en sentido material, que hace referencia a las fuerzas políticas que operan en el Estado, con la distinción propuesta, por ejemplo, por Stein, E., (*Derecho político*, Madrid, 1973, p. 10) y Stern, K. (*Derecho del Estado...*, *cit.*, nota 7, pp. 257-259) entre “derecho constitucional formal” y “derecho constitucional material”, que se corresponde con la de, por ejemplo, Carlo Lavagna (*Istituzioni di diritto pubblico*, 6a. ed., Turín, 1985, pp. 169-171) entre “*Costituzione in senso formale*” y “*Costituzione in senso sostanziale*”, que hace referencia a la relación entre el contenido y la forma de las normas. De esta suerte, el concepto de “derecho constitucional material”, o de “Constitución en sentido formal”, estaría representado por normas que regulan aspectos fundamentales para la vida del Estado, y que, además, revisten una forma constitucional; esto es, la Constitución y, en su caso, las leyes constitucionales. Por su parte, integrarían el derecho constitucional o la Constitución en sentido substancial del Estado, todas aquellas normas jurídicas que, con independencia de la forma que revistan, regulan aspectos fundamentales para la vida del Estado.

xismo, lejos de conducir a la consolidación del constitucionalismo democrático y social, lo que en realidad ha generado es el efecto contrario. Cualquiera puede constatar que el fenómeno vulgarmente identificado como “la caída del muro de Berlín” ha provocado una nueva dinámica en la que van a ser muy distintos los modos de entender y de hacer la política. De la mano del neoliberalismo tecnocrático, se pretende en la actualidad reducir todo el debate político a una mera discusión sobre cuestiones técnicas para obtener la máxima rentabilidad económica, en el que las ideas no tienen cabida. Se revitaliza, de este modo, aquella vieja práctica autoritaria, que se inicia con Napoleón, y que se traduce, como pone de relieve Mannheim,¹⁷⁰ en el intento de desprestigiar y descalificar los argumentos del contrario, acusándole de no actuar de un modo objetivo y científico, sino condicionado por criterios ideológicos. Un buen ejemplo de esto, lo encontramos en uno de los autores convertidos hoy en parte de los grandes protohombres de la globalización. En efecto, en su célebre *El fin de las ideologías*,¹⁷¹ no duda Bell en denunciar como totalmente inútiles e inservibles las tesis de los críticos de la “sociedad de masas” (Ortega, Keynes, Arendt, Mannheim, Tillich, Jaspers, Marcel, Lederer, etcétera), calificándoles de demócratas, marxistas, neomarxistas y comunistas.

Se inaugura, en tales circunstancias, una nueva etapa en la vida política. Su rasgo central es, de manera indudable, el muy elevado nivel de desconcierto y confusión en que aquélla se desenvuelve. Para empezar, y esto es lo que nos interesa destacar ahora, nos encontramos con que la misma forma “Estado constitucional democrático y social” ha empezado a ser discutida.¹⁷² Para ello, se parte de la idea de que al carecer ahora de la legitimación que le otorgaba su contrario: el Estado comunista, el Estado constitucional, el más perfecto y acabado instrumento de liberación del hombre (Heller), ha perdido su razón de ser.

Lo anterior puede, acaso, causar alguna extrañeza. El ciudadano medio podría muy bien pensar que nada hay más alejado de la realidad. Y

¹⁷⁰ Cfr. Mannheim, K., *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, México, 1993, pp. 63 y ss.

¹⁷¹ Bell, D., *El fin de las ideologías* (1960), Madrid, 1964.

¹⁷² De especial interés resulta, sobre este particular, la exposición de García, E., *El Estado constitucional ante su “momento maquiavélico”*, Madrid, 2000, en donde, de la mano de Pocock, J. G. A. (*El momento maquiavélico. El pensamiento florentino y la tradición republicana atlántica* (1975), Madrid, 2002), propone la puesta en marcha del republicanismo cívico.

así, “Juan Nadie” se planteará que cómo puede afirmarse que el Estado constitucional democrático y social está en peligro, cuando nunca tanto como hoy el discurso de la clase política se encuentra plagado de referencias a la Constitución y a la necesidad de procurar su mantenimiento. Hecho que naturalmente nadie está en condiciones de desmentir.

Ocurre no obstante, que pocas veces se atiende al significado real que aquellas invocaciones tienen. Ciertamente es que nuestros gobernantes de hoy apelan al derecho constitucional como criterio legitimador de la vida pública, y de su actuación en ella. Ahora bien, lo que no debería perderse de vista es que “se trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería encontrar su fundamentación, como consecuencia del debilitamiento del principio democrático, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia”.¹⁷³

Las consecuencias de todo lo anterior, no pueden ser, en verdad más claras y evidentes. Se ha operado, de este modo, la substitución de la “ideología del constitucionalismo” por la “ideología de la Constitución”. Lo que traducido en otros términos significa que la inicial y originaria defensa de la Constitución como medio para hacer verdaderamente efectivos todos aquellos principios y valores que determinaron la aparición del constitucionalismo moderno —singularmente, las ideas de libertad y democracia—, se ha visto substituida por una nueva práctica, que, dicho sea en forma telegráfica, consiste no en realizar aquellas ideas, sino en la defensa numantina de un determinado y concreto texto constitucional. Éste, de alguna manera, es convertido en una suerte de fetiche mágico-mítico, en el sentido de que, como en relación con el nacimiento de la tradición nacional en los albores de Estado, escribía Tierno, la Constitución, como mito, tiene una función “mágica, el mito histórico acaba por salirse de la historia. Cuando un héroe [en nuestro caso, la Constitución] se hace mítico la verdad histórica tiende a desvanecerse”.¹⁷⁴ La ley constitucional, entonces, ha de ser defendida no por motivos racionales, sino por razones de amor y de fe. En este contexto, su contenido, en todo caso, ha de ser indescifrable, salvo, naturalmente, para los gobernantes, quienes, en tanto que el código fundamental está fuera de la realidad histórica, le harán decir lo que en cada momento les interese.

¹⁷³ Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional...”, *op. cit.*, nota 13, p. 35.

¹⁷⁴ Tierno Galván, E., *Tradición y modernismo*, Madrid, 1962, pp. 19 y 20.