

LAS RELACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS. SU RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN ESCRITA Y NO ESCRITA

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

En la doctrina filosófico-política y filosófica jurídica de la Modernidad, se interrumpió el inmenso esfuerzo efectuado en la Baja Edad Media para encontrar el orden político en el orden de las cosas y desarrollar el arte humano como *ars adita naturam*, y se acometería el descomunal esfuerzo de construir —como propugnó FRANCIS BACON— el *regum hominú*. Pero ese esfuerzo desemboca en una lucha entre la libertad, convertida en libertinaje, y la autoridad, convertida en autoritarismo absoluto y soberano, en sentido bodiniano. Es una lucha simbolizada por HOBBS, como lucha entre las dos bestias bíblicas del *Libro de Job*, *Leviathan* y *Behemoth*. Como ha mostrado CARL SCHMITT (1), en su fina interpretación del filósofo inglés del siglo XVII, éste veía en aquella bestia el resultado del estado civil, único capaz de vencer el desorden del estado de naturaleza entendido, por él, como lucha a muerte de todos contra todos, que simbolizaba la segunda bestia. Pero, en el siglo XIX, observa CARL SCHMITT (2), se produce un curioso fenómeno que ve iniciado por ANSELM FEUERBACH, autor del *Anti-Hobbes*, pero que, en derecho penal, en su lugar sitúa la ley emanada del poder estatal, y, de semejante modo, observa que el pensamiento de HOBBS “penetra y

(1) CARL SCHMITT, *El Leviathan en la teoría del Estado de Hobbes*, 2, cfr. ed. en castellano, Madrid, Ed. Haz 1941, pág. 25.

(2) *Ibid.*, 6, págs. 113-135.

actúa eficazmente en el Estado legal positivista del siglo XIX", aunque sólo se realice "en forma que podríamos llamar apócrifa" [...] "A través del parlamento lograron apoderarse de la legislación y del Estado legal y hasta pudieron creer que habían conseguido enganchar al LEVIATHAN a su carruaje". Pero la lucha entre la anarquía, de *Behemoth*, y el poder racionalizado, geométrico, formalista y positivista, de LEVIATHAN, sigue permanentemente activa de modo aritmético. FRANCESCO GENTILE (3) ha sabido ver muy bien el paso de esta "racionalización geométrica" —como él dice— desde la visión de HOBBS a la de KELSEN, en la que el Estado y el derecho se identifican en el organismo que forma la pirámide jurídica, que tiene en su vértice la constitución.

El cambio de perspectiva que originariamente significó esa penetración del positivismo legalista en el orden político y social, lo ha explicado lúcidamente LUIS SÁNCHEZ AGESTA (4) en los dos siguientes párrafos:

"Fenómeno característico del panorama constitucional desde la Revolución francesa a nuestros días es una tensión e inadecuación entre el medio social y poderes relativamente artificiosos. El poder se ha atribuido, a través de la ley la facultad de reformar el mismo orden social. El germen del racionalismo revolucionario o reformador, sembrado por el pensamiento político del siglo XVIII, tiende a transformar y configurar el orden social, no por un crecimiento o evolución de fuerzas sociales espontáneas, sino por una voluntad operante, según esquemas de organización racional.

"La coherencia entre organización del poder y constitución social se ha alterado hasta casi invertirse la relación. El poder no sólo se presenta como una emanación de la comunidad que rige, sino que tiende a conformarla de acuerdo con sus principios. El primado de la voluntad del poder sobre la constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el

(3) FRANCESCO GENTILE, *Come "il potere si trasforma in diritto", Riflessioni sulla realizzazione geometrica dell'esperienza giuridica: Hobbes e Kelsen a confronto*, en "Scritto in onore di Elio Pazzalari", vol. I, Milán, Giuffrè, 1993, págs. 111-129.

(4) LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de derecho constitucional comparado*, 5.ª ed., Madrid, Facultad de derecho de la Universidad, 1974, cap. 1, 4, pág. 28.

hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones, y en cierta manera todo el orden constitucional contemporáneo se manifiesta como un *proyecto racional de constitución*, no sólo de las instituciones que encarnan el poder político, sino de la misma entraña del orden social. La coherencia, relativa coherencia, de la unidad del orden aparece creada desde el poder, como realización de un plan que ordinariamente refleja y desenvuelve los principios de una ideología política. Nunca el pensamiento ha sido tan activo políticamente como en nuestros días”.

Esc positivismo legislativo que pretendió sustituir a la naturaleza de las cosas e imponerse a ella, tuvo su reflejo político en la pretensión de que las constituciones escritas se impusieran a las constituciones no escritas en las cuales el hombre participaba con la única pretensión de añadir su arte a la naturaleza (*ars adita naturam*).

Inspirándose en éstas, MONTESQUIEU, en pleno movimiento ilustrado, se separó de éste en la investigación y subsiguiente explicación que llenó su vida. Él mismo lo confiesa: “*Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses*” (5).

En tiempos de MONTESQUIEU la palabra francesa “*constitution*”—que, sin calificativo, era un neologismo y un anglicismo, que la *Académie* no admitió hasta 1798—sólo se utilizaba dentro de las locuciones “*la constitution de l'État* o bien “*la constitution du gouvernement*” (6). Para el BARÓN DE LA BREDE (7) la *constitución de un gobierno* era equivalente a sus *leyes fundamentales*, que consideraba dimanantes directamente de la naturaleza de cada gobierno, por lo cual, “son las primeras leyes fundamentales” (8). Se trataba de reglas consuetudinarias que, edificadas por una larga práctica, se imponen al monarca y hace que no gobierne según su buen capricho, sino conforme a “leyes fijas y estableci-

(5) MONTESQUIEU, E. L., *préface*, 6.

(6) Cfr. ROBERT SHACKLETON, *Montesquieu Biographe critique*, Grenoble, Presses Universitaires 1977, cap. XIII, I, pág. 221.

(7) MONTESQUIEU, E. L. XI, 1 y XII, 1.

(8) *Ibid.*, II, I, 2, ap. 2.

das" (9). SIMONE GOYARD-FABRE (10) las contraponía a "las leyes del rey" o sea a las leyes escritas.

¿Cuáles eran las leyes fundamentales fijas y establecidas en la monarquía francesa?

Este es el tema, discutidísimo, de la constitución francesa en el siglo XVIII, tratado magistralmente por CARCASSONNE, quien —como él mismo dice (11)— realizó un documentado intento para aclarar "de qué elementos se forma la idea de la constitución francesa, por qué nace, se propaga y después se disipa casi en un día". Se hablaba de la constitución de Inglaterra, de la de Estados Unidos de América y se buscaba la propia, apoyándose en estudios históricos. "A esta necesidad sorda, pero profunda de las almas, respondían las tesis históricas sobre la antigua constitución. Pudo justificarse la libertad política en lo abstracto, pero la historia les hablaba de sus abuelos, los francos, de un héroe, Carlomagno; de una divisa: *lex consensu populi fit et constitutione regis*. Evocando en el pasado la imagen de los estados generales, daba a los deseos inquietos de libertad política un objeto preciso de reclamación. Entre tantos errores que hoy pueden hacer sonreír, difundía esta idea, exacta, de que el gobierno francés no había sido siempre absoluto...". "Entre Clodoveo y Luis XVI nada había absolutamente comenzado ni absolutamente terminado. Las cuestiones de los derechos históricos ofrecían entonces un interés que nuestras sociedades modernas, con sus constituciones escritas y sus códigos, no sienten ya con tal viveza" (12).

"Conglomerado de concepciones diversas en torno a recuerdos comunes, la *Constitution française* es una obra colectiva, y sería desconocer su rica complejidad, verla surgir del cerebro de un solo hombre, aunque este hombre fuese MONTESQUIEU. Bas-

(9) *Ibid.*, II, IV, 1, ap. 3, inc. 2.

(10) SIMONE GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, París, Kinksicck, 1979, cap. III, II, B, págs. 150 y sigs.

(11) ELIE CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII siècle*, París, 1927; cfr. reimpresión, Ginebra, Slatkine Reprints, 1978, Avant-propos, pág. XIV.

(12) *Ibid.*, *Conclusion*, págs. 665 y sigs.

tante antes de *l'Esprit des lois*, se había querido «recordar la verdadera forma del reino», y fundar en la historia los derechos de la realeza o de la nobleza, de los pares (*la pairie*), o los parlamentos. MONTESQUIEU, que no había abierto la discusión, no pretendió tampoco cerrarla, sino que muestra un medio nuevo para resolver las antinomias. Flexibiliza el rigor de las antiguas doctrinas, modera lo temerario, ajusta las contradicciones; en lugar de enfrentar fórmulas, busca en la realidad viva la conciliación de la libertad y la autoridad" (13). En fin, en la segunda mitad del siglo xviii, la idea acerca de *constitution française* "se presenta generalmente como una concepción mixta, una amalgama en la que se mezclan las tradiciones aristocráticas y las aspiraciones liberales. Ahí está su carácter propio, y la marca de MONTESQUIEU; pues ha sido éste quien ha favorecido la conciliación de los elementos, por su concepción de la historia, que prolonga la de BOULAINVILLIERS" [...] "La alianza equívoca, pero fecunda, del prejuicio aristocrático y del espíritu filosófico se comprendería menos fácilmente sin este mediador gentilhomme liberal, legista, filósofo. MONTESQUIEU está en el centro del movimiento de ideas que, partiendo de SAINT-SIMON y BOULAINVILLIERS termina en MABBY y en D'EMPRÉMESNIL; la impulsión primera le precedió y la dirección final se le escapa, pero se trata del momento crucial donde la corriente se desvía" (14).

Este debate del siglo xviii que, frente al *decisionismo* de la monarquía absoluta, oponía ya sea el *orden* de la constitución no escrita francesa, o bien la *norma* de una constitución escrita, nos lleva a enmarcarlas en los tres modos de pensar la ciencia jurídica diferenciados por CARL SCHMITT (15): el pensamiento *decisionista* que, según él considera, aparece en el siglo xvii con HOBBS [como pensamiento científico, acláremoslo, no como hecho político que va unido a todo poder absoluto]; el pensamiento *nor-*

(13) *Ibid.*, págs. 661, *in fine* y sigs.

(14) *Ibid.*, págs. 679 y sigs. Cfr. otros extractos de esta obra de CARGASSONNE en mi libro *Montesquieu, Leyes, gobiernos y poderes*, cap. X, 6, págs. 342-347.

(15) CARL SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934); cfr. su traducción al castellano *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, 1 y 2, Madrid, Tecnos 1996, págs. 5-31.

mativista por reglas o leyes escritas; y el pensamiento del *orden concreto*, que es el que MONTESQUIEU buscaba para Francia en la historia y en la realidad vivas.

El predominio del pensamiento científico jurídico basado en la perspectiva del orden concreto, correspondió a la ciencia clásica del derecho político, mientras el predominio del pensamiento científico-jurídico-normativista es estudiado por el derecho constitucional.

El admirado NICOLÁS PÉREZ SERRANO (16) recoge la explicación gráfica del derecho político de GEORG VON MAYR, entendiéndolo como el que ocupa el espacio en el que se cortan e interpenetran el círculo formado por el orden jurídico y el círculo constituido por la política. Éste, a su juicio, abarca: "lo que venía llamándose *teoría general del Estado* y formaba la *parte general*, y lo que solía denominarse *derecho constitucional* y formaba la *parte especial* o exposición dogmática del derecho vigente. Bien entendido que al hacerlo así no se vulnera ningún límite infranqueable y de respeto obligado, porque sobre haber todo ello perfectamente en una rama científica que estudie la organización política del Estado, responde a imperativos etimológicos y a razones de pulcritud doctrinal y de conveniencia académica".

PÉREZ SERRANO (17) veía al riesgo de que "en la pendiente de un positivismo formalista de índole normativa, se llega a «purificaciones» como la realizada por la escuela vienesa, que deja sin substancia al Estado, a fuerza de suprimir los contenidos sociológico-empíricos y los finalísticos ético-políticos; a medida que la teoría se depura, y que el concepto se hace más jurídico [en ese sentido de la «teoría pura»], resulta prácticamente más vacío, menos provechoso para entender la realidad social en que el Estado actual se mueve"; ya que "el concepto de lo constitucional se había angostado, por ese tan corriente defecto de perspectiva histórica que saca, abstrae y lleva a lo absoluto un momento concreto de la evolución, sin tener en cuenta que nin-

(16) NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *Tratado de derecho político*, 24-25, edición póstuma, Madrid, Civitas, 1976, págs. 60 y sigs.

(17) *Ibid.*, 26-27, págs. 62 y sigs.

gún momento puede estimarse definitivo y eterno, ni ninguna cristalización ha de considerarse perfecta e irreprochable para siempre". Frente a esos reduccionismos, dice que, "en todo caso, el reproche no puede afectar a una disciplina como el derecho político que, con neutralidad de rúbrica, ha de explicar jurídicamente la organización fundamental del Estado, sin la miopía que la vincula a una fórmula determinada de regulación histórica y estructural".

De ser verdadera la concepción constitucionalista positivista y formalista —que tuvo en Kelsen su máximo exponente, y que desde la constitución descendía piramidalmente hasta formalizar todo el derecho, convertido en una cascada de mandatos imperativos (18)—, podemos decir que tendría razón el máximo representante del realismo escandinavo, ALF ROSS (19), al exponer: "El concepto «derecho vigente» (de Illinois a California, etc.) puede ser en principio explicado y definido de la misma manera que el concepto «norma vigente de ajedrez» (para dos jugadores cualquiera)".

Sin embargo, como en su comunicación al Pleno de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, explica MIGUEL HERRERO R. DE MIÑÓN (20), en el transcurso del siglo XX, el derecho constitucional que partía de esos reduccionismos racionalistas y formalistas se ha ido abriendo a la historia, a la realidad y a los principios que se hallan por encima de las constituciones escritas. Se ha producido —dice (21)— el fenómeno denominado por LÖWENSTEIN de *universalización de la constitución escrita*, efecto del proceso de racionalización de la vida política producido en el siglo XIX en Europa en todos los Estados modernos y extendido después en América y, más tarde, en Asia y África. Pero, al paso se produciría su *desvalorización y relativización*, hasta el

(18) Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 145, b, págs. 865-868.

(19) ALF. ROSS, *On law and justice* (Londres 1958); cfr. en castellano la traducción de su 5.ª edición: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1994, cap. II, págs. 6 y sigs.

(20) MIGUEL HERRERO R. DE MIÑÓN, *Balancede un siglo de constitucionalismo —de la racionalización al neohistoricismo—*, A.R.A.C.M. y P., 77, págs. 449-471.

(21) *Ibid.*, 2, págs. 450 y sigs.

punto de que "muchas de las constituciones adoptadas como emblema de la modernidad, son, en el sentido que al término diera LÖWENSTEIN, constituciones sólo nominales e incluso meramente semánticas, y muchas, aunque no todas, de las normas fundamentales africanas y asiáticas son buen ejemplo de ello".

Al lado de estas dos características, observadas por LÖWENSTEIN, sitúa MIGUEL HERRERO "una tercera característica del constitucionalismo finisecular: su *desdramatización*. El derecho constitucional continental como, desde siempre, el anglosajón, es o aspira a ser, según su grado de madurez, sólo derecho, esto es, la vida misma considerada desde una determinada perspectiva: la resolución de conflictos entre los gobernantes y de sus relaciones con los gobernados para conseguir la paz, la justicia y, lo que es presupuesto de ambas, la integración política".

Esto da lugar, como primera consecuencia —dice— a que "lo que MAUNZ denomina «constitución viva» desborda los límites de la constitución escrita y se integra por amplios grupos normativos, prácticas consuetudinarias e interpretaciones jurisprudenciales e incluso doctrinales".

"Esta sustantivación —advierde— tiene el coste doctrinal de primar el derecho constitucional particular sobre el general y el comparado, hasta el punto de que la teoría de la constitución no es ya teoría del Estado sino parte general de un concreto sistema constitucional, y el derecho procesal constitucional se convierte en el sector más cultivado por la doctrina como correlato a la rampante judicialización de la política constitucionalizada.

"Ello nos aleja de las doctrinas de la crisis, tan en boga en los años treinta y cuarenta de este siglo, y da pie al auge del neoconstitucionalismo o neopositivismo, representado, *v. gr.*, por FAVERAU y que tanto ha influido en España. Frente a la calificación de la constitución como mera supervivencia, enunciada en 1955 por la más autorizada doctrina francesa (BURDEAU), el neopositivismo anuncia su resurrección, pero transmutada en jurisprudencia constitucional".

El mismo HERRERO R. DE MINÓN, echando otra mirada retrospectiva a las constituciones del siglo XX, hace observar sucesivamente (22):

(22) *Ibid.*, 3, págs. 453 y sig.

En la primera postguerra se produce el nacimiento de las nuevas constituciones de Europa nacidas de los escombros de los Imperios alemán, austriaco y ruso destruidos por la guerra, y con la paralela disolución del imperio otomano se produce una generación de constituciones árabes de corte liberal hasta la egipcia de 1956. En la década siguiente se produce el fortalecimiento del poder ejecutivo e incluso la emergencia de los regímenes totalitarios, originándose constituciones propias de los autoritarismos europeos y en sus paralelos americanos.

En la segunda postguerra aparecen tres tipos de constituciones: las reactivas frente a los regímenes vencidos (Francia 1946, Japón 1946, Italia 1948); los de las repúblicas populares, y las que reaccionan no sólo frente al autoritarismo sino frente al desgobierno que se supone estuvo en su origen (Alemania 1949, Francia 1958). La primera fase de la descolonización conllevó una serie de constituciones de corte socialdemócrata (Birmania 1948, India 1950, Pakistán 1956). La segunda fase de la descolonización, que se prolonga otros veinte años, lleva consigo los procesos constituyentes de los nuevos Estados asiáticos y africanos que, a partir de las constituciones de Costa de Marfil de 1960 y de Pakistán de 1962, optan por fórmulas presidencialistas de tendencia autoritaria. Finalmente la disolución del imperio soviético, primero, y de la propia URSS, después, "ponen fin al constitucionalismo propio del socialismo real y dan lugar a una serie de constituciones liberal-democráticas, que en ocasiones ocultan sistemas políticos autoritarios.

El rasgo fundamental de ese abigarrado conjunto de constituciones es, según dice el propio HERRERO (23), la racionalización del poder, entendida en un triple sentido: 1.º, como reacción frente al historicismo; 2.º, negación de la autonomía del poder político y su sometimiento a la ley considerada expresión de la voluntad del pueblo soberano, y aplicada con toda radicalidad, "considerada plena, esto es, comprensiva en su *literalidad*, de la regulación normativa de los valores fundamentales de la comunidad política y de la estructura y procedimientos de las institu-

(23) *Ibid.*, 4, págs. 454 y sigs.

ciones del Estado"; 3.º, y como reducción de toda facticidad política a normatividad.

Sin embargo, frente a esta dogmática constitucional de raíz kelseniana y de la escuela constitucionalista italiana, se ha producido en las tres últimas décadas del siglo una reacción de la ciencia política entre los juristas —dice HERRERO (24)— con una "decanación de las visiones substancialistas de la constitución (SCHMITT, MORTATI, LUCAS VERDÚ) (25) y la mayor complejidad de la vida político-social de la que las jurisdicciones constitucionales hubieron de dar cuenta, han llevado en las últimas tres décadas a una concepción distinta de la constitución. Esta ya no aparece en un sólo texto, sino dispersa a través de todo un «bloque de constitucionalidad»; renuncia a la plenitud y pretende ser un mero «punto de Arquímedes» que permita la integración jurídica de la realidad sociopolítica; y su «normativa se abre a la facticidad», ya para ampararla y respetarla —v. gr., Disposición Adicional 1.ª de la CE respecto de los derechos históricos de los territorios forales— ya para asumirla —v. gr., art. 10 CE respecto de las declaraciones

(24) *Ibid.*, págs. 456 y sig.

(25) PABLO LUCAS VERDÚ, *¿Una polémica obsoleta o una cuestión recurrente? Derecho constitucional versus derecho político*, V, en "Teoría y realidad constitucional", 3, 1.º semestre 1999, Universidad de Educación a Distancia y Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 57 y sig., ha dicho que frente al llamado *método técnico jurídico*, en MORTATI, *Costituzione in senso materiale*, en GRIRAPULLI, *Teoría dell'indirizzo politico*, en ZAGRABELSKI, en VERGOTTINI, con su trabajo sobre la oposición política y en otro sobre las transiciones políticas, se advierte la relevancia que se da a los factores político sociales. "Es menester no huir de la situación real existente. Es decir, el derecho constitucional está condicionado por las transformaciones drásticas de nuestros días. La constitución es un sismógrafo que detecta inmediatamente, los profundos e intensos cambios sociopolíticos. El recto entendimiento del derecho constitucional exige que responda, adecuadamente, a los desafíos de nuestra época. De lo contrario, la constitución, y su correspondiente estudio, se convertirán en una máscara que, si se pone, dificulta la visión completa de la realidad y, si se quita, se comprobará su desajuste con esa realidad. La persistencia en el enmascaramiento o el disimulo son suicidas".

Ciertamente LUCAS VERDÚ (VI, págs. 58 y sig.) afirma que prefiere la denominación derecho político a la denominación derecho constitucional, por respeto a la tradición española y porque así "se tienen en cuenta los factores políticos que condicionan la normativa constitucional".

internacionales de derechos—, ya para, incluso, transformarla —v. gr., la llamada cláusula de transformación de la constitución italiana, art. 3, seguida por el art. 9.2 CE—. Se trata, pues, de una constitución abierta.

"Ahora bien, si la constitución en cuanto norma está formalmente abierta hasta el punto de que opciones inherentes a la constitución que SCHMITT denominara positiva se contienen en normas que ni siquiera son formalmente parte de la constitución, ello se debe a que el sistema constitucional es, no ya formal, sino substancialmente abierto, y ello en un doble sentido. Por una parte, como señala HÄBERLE, abierto al proceso, no ya político sino público, del que son actores una pluralidad de intérpretes, desde los tribunales constitucionales a la doctrina inpublicista y la propia opinión pública, y que, a partir de unos principios constitucionales y de acuerdo con unas reglas procedimentales, reelabora esos valores y reinterpreta esas reglas. Así, por ejemplo, es claro que, hoy día, el derecho a la vida proclamado en numerosas constituciones y otros instrumentos del mismo o mayor rango, como son las reclaraciones internacionales de derechos, significa algo distinto a lo que significaba muy mayoritariamente hace varias décadas. Y los valores consagrados en el denominado derecho constitucional económico significan cosas diferentes interpretadas a la luz de un pensamiento único, aunque sea alternativo, o a la luz del pacto y del consenso.

"De otro lado, como señala SCHNEIDER, la apertura del sistema constitucional es de carácter estructural. Esto es, se abre tanto a realidades *infra* y para estatales como *supra* e internacionales. Y tal es el sentido de las nuevas vías del federalismo o el nuevo derecho internacional constitucional [...]. En instrumentar esta apertura doblemente vertical tanto como horizontal, radicarán, al decir de HÄBERLE, *Los retos actuales del Estado constitucional*. GUSTAVO ZAGREBELSKY, en su obra sobre *El diritto mitte* (1992), ha esbozado una crítica trascendental de esta nueva concepción de la constitución y de su teoría".

Puede decirse que con los principios políticos, immanentes a cada constitución, se entreligan principios ético-jurídicos, como

en Alemania, dice LARENZ (26) y, en USA, distingue DWORKIN (27) principios estrictamente jurídico-morales y directrices o estándares políticos.

El Tribunal Constitucional de la Alemania Federal había hablado repetidamente, antes de la unificación alemana, de un orden de valores inmanentes a la Ley fundamental, calificándolo a veces de "orden jerárquico de valores". Expresión que a LARENZ (28) le pareció que "es ciertamente equívoca", pues "no debe representarse por algo así como un catálogo completo de valores válidos «en sí» (con inclusión del puesto jerárquico que en cada caso le corresponde). Una cosa tal, si es que pudiera ser posible, sobrepasa las facultades y también la competencia del legislador constitucional".

Esto plantea —a mi juicio— la cuestión de si los principios constitucionales son inmanentes a la constitución o sólo se apoyan en ella, o bien si la trascienden ya que los reconoce en cuanto se inspira en ellos, aún cuando ponga un especial énfasis en algunos.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA (29) ha aludido a la polémica mantenida en Alemania y a las opiniones contrapuestas de SMEND, que califica de iusnaturalista, y de FORTSHOFF, que se denomina *ohne Naturrecht*, o sin derecho natural, como también la de HABERLE, que así titula el libro donde expone su posición. Según ésta, "lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que haga posible el juego de unas alternativas y así permita a cualquier tendencia la oportunidad de ser mayoritaria. Expresión, por tanto, de un «pensamiento de posibilidades» o «pensamiento de alternativas» que deja abierto siempre lo que BLOCH denominó «principio de la esperanza» y evita la petrificación de una situación dada. Por lo tanto, lo esencial de la cons-

(26) K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, II, IV, 2, c; cfr. ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, págs. 339 y sigs.

(27) R. DWORKIN, *Las derechas en serio*, 13, cfr. ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1984, pág. 393.

(28) LARENZ, *Metodología*, II, IV, 2, c, págs. 339 y sigs.

(29) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, IV, 3, B, A.D.C. XXXII-II, 1979, págs. 330 *in fine* y sigs.

titudin no sería una determinada concepción material del hombre, sino construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto”.

Acerca de esta explicación comentó GARCÍA ENTERRÍA que “alzaprima, en definitiva, al pluralismo y a la democracia entre todos los valores constitucionales, entendidos éstos como un proceso continuo de hacer y deshacer compromisos ocasionales y siempre revocables”. Yo, por mi parte, advierto, que esto significa dar plena prevalencia a un principio ideológico-político por encima de todos los valores y principios ético-jurídicos o jurídico-morales.

Según EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: “Puede también opinarse —y es más bien nuestra inclinación— que, en la escala valorativa, la concepción material y ética de la libertad, que parte de una idea integral del hombre, parece lo sustancial, ya que es de ella de donde deriva una sociedad abierta; por tanto, parece erróneo elevar esta última a criterio básico desde el cual la libertad quedaría instrumentalizada como un simple árbitro técnico”.

Con referencia a la Constitución española de 1978, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL —que presidió las Cortes constituyentes que la elaboraron— preguntó, en 1980 (30): “¿Refleja la Constitución una concepción normativista del ordenamiento, inserto en el positivismo estricto o, por el contrario, la concepción a que responde sobrepasa el modelo positivista?”.

Su respuesta la centró en que la Constitución y el conjunto del ordenamiento no son cerrados y autosuficientes, “por cuanto tienden a algo que les trasciende”, y en que el fundamento del derecho “no radica en la estricta legalidad, sino en una legitimidad material a la que la propia legalidad [arts. 1, 1, 9, 1; 96, 1, y 147, 1, Const.] se remite”. En efecto, advierte: “La justicia dota de sentido al ordenamiento en su conjunto, por lo que la comunicación de la justicia con el derecho habrá de ponderarse en la fase de aplicación, más también en la previa, de elaboración de normas”.

(30) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*, 7, discurso inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia, págs. 36 y sigs.

Años después, en su discurso de apertura del año judicial 1986-87 (31), al comentar la afirmación del preámbulo de la Constitución, acerca de que la ley es expresión de la voluntad popular, y del art. 117,1, de que la justicia emana del pueblo, dijo: "La justicia no se formula y elabora como las leyes. Ninguna sociedad se encuentra en condiciones de considerarse a sí misma justa. Tampoco el pueblo o los pueblos forman un bloque uniforme en torno a un común sentido de lo justo. Ni el que llamamos Estado justo llegó a encontrar de la justicia una expresión completa. Es así una aspiración que día tras día se afirma con vistas a realizarse como elemento integrante de la racionalidad y la moralidad social constituye un proyecto siempre inacabado y, en consecuencia, pendiente. Pero es un proyecto de una ambición que merece consagrarse en su sola condición de proyecto y propósito, pues lo importante es reconocerla y disponerse a consagrarla".

Como comenté en otra de mis metodologías (32), si, como dice HERNÁNDEZ GIL, lo que emana del pueblo es una aspiración a la justicia, no es posible que aquello a que éste aspira emane de él, y, por tanto, la justicia se halla por encima de toda aspiración tendente a ella, ya sea popular esta aspiración o bien constitucionalmente expresada.

(31) *Ibid.*, *La justicia y su independencia y eficacia*, I, B, cfr. *Obras...*, vol. I, pág. 797.

(32) *Metodología de la determinación del derecho*, I. *Perspectiva histórica*, 308, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces, 1994, pág. 1162.