

DERECHO CONSTITUCIONAL, OBJETO Y MÉTODO: ¿SIGLO XX O SIGLO XXI?

JOSÉ ANTONIO SANZ MORENO

Profesor Contratado Doctor.

Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO.-

- I. Objeto de estudio y metodología constitucional
- II. El concepto de Constitución y la unidad del Estado (siglo XX)
- III. Nuevos enfoques del Derecho constitucional (¿siglo XXI?)

I. OBJETO DE ESTUDIO Y METODOLOGÍA CONSTITUCIONAL.

“La enseñanza debe comprender las necesidades de la época y las tendencias de la generación viviente, si quiere ser algo más que un catecismo de áridas abstracciones, de escolásticas sutilezas, de vacías fórmulas sin vida y aplicación práctica que dejen fríos e impasibles a los oyentes y no enciendan en su ánimo ese calor de virtuoso afecto, único que puede fecundar los gérmenes de la doctrina” (Mancini)¹.

Con parecida intención emprendemos el análisis del Derecho constitucional, de su objeto y método: superando fórmulas vacías y verdades absolutas, sin relación con la realidad que dicen describir. Porque nuestra tarea no se encierra en laboratorios o experimentos, ni siquiera en grandes bibliotecas o seminarios de expertos; es en el aula donde tenemos que construir no sólo una ciencia², sino aprender a enseñarla.

De ahí nuestra preocupación como buscadores de saberes con vocación docente; la doble exigencia del profesorado universitario –*docencia e investigación científica*, y, al revés, *ciencia y enseñanza superior*–, tiene, en el Weber de “*El político y el científico*” una respuesta paradójica: “El que las capacidades para estas dos funciones distintas se den unidas en un mismo individuo es simple casualidad”³. Y lo que, para Weber, era *simple casualidad*, se ha convertido, por obra y gracia de la legislación universitaria, en una necesidad tan perentoria como difícil de equilibrar. Veamos nuestra forma de afrontar el reto.

Si “todo trabajo científico tiene siempre como presupuesto la validez de la lógica y de la metodología, que son los fundamentos generales de nuestra orientación en el mundo”, si la ciencia “proporciona métodos para pensar, e instrumentos y disciplina para hacerlo”⁴, podemos decir que fue Hans Kelsen, allá por los años veinte, el que

¹ Pasquale Stanislao Mancini, *La nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Lección de apertura, Curso de Derecho Internacional y Marítimo, Universidad de Turín, 22 de enero de 1851 (v. en español, *De la nacionalidad como fundamento del derecho de gentes*, en *Sobre la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 7).

² Pero las ciencias, más aún las sociales y jurídicas, ya no cuentan con la certeza y seguridad del mundo decimonónico. Vid., T. S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962, FCE, México, 1977; Ilya Prigogine, “¿El fin de la ciencia?”, en Dora Fried Schnitman, *Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad*, Paidós, Barcelona, 1994, pp. 37-59, frente a la vieja ciencia, con su naturaleza estable y su posibilidad de hallar la verdad y la certeza, el cambio radical que supone para la nueva metodología científica, su inseguridad y su crisis, la relatividad y el azar. La conclusión a la que llega Prigogine no puede ser más elocuente: “...me pregunté si estaríamos llegando al fin de la ciencia. Creo que, en cierto modo, así es.(...), ya no podemos seguir hablando únicamente de “leyes universales extrahistóricas” sino que, además tenemos que añadir “lo temporal y lo local”; pero esto implica apartarse de los ideales de la ciencia tradicional” (p. 59).

³ Vid., Max Weber, *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, 1919 (v. en español, *El político y el científico*, 1.ª ed. 1967, 5.ª reimp., Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 191).

⁴ *Ibid.*, p. 209, p. 223. Pero, en Weber, como nuestra ciencia es jurídica, hay que ser conscientes de lo siguiente: la jurisprudencia no responde “a la cuestión de si debe existir el Derecho o si deben

delimitó la labor del científico del derecho: por un lado, la determinación del objeto a conocer; por otro, el método para conocerlo.

Así, en Derecho Constitucional, la primera pregunta es saber si su principal objeto de estudio - la Constitución- cuenta con un concepto unívoco, para, desde aquí, descubrir problemas y adelantar respuestas. Pero si afirmamos que la Constitución es norma y, además, norma jurídica, ya nos hemos situado en los espacios del derecho; y, sin embargo, el Derecho Constitucional aunque sea *una más* de las disciplinas jurídicas, *no* una disciplina como *las demás*. El Derecho Constitucional estudia una Norma, la Constitución, pero no una norma cualquiera, sino la fundamentadora del resto y, al tiempo, el vértice, material y formal, del ordenamiento en su conjunto. De ahí que me venga a la memoria la recomendación del viejo maestro: “da igual lo que os pregunten, vosotros siempre comenzar por griegos y romanos”. Y su traslación, aquí y ahora: daría lo mismo en qué disciplina del derecho o en qué ciencia social nos movamos, siempre podemos acudir al Derecho Constitucional. Por eso, no sólo cabe afirmar que nuestro ámbito de estudio se sitúa en lo jurídico, sino que también determina la propia definición jurídica del resto. Y, no obstante, no debemos desdeñar la realidad y lo político.

Konrad Hesse ya hace tiempo que nos lo dijo: nuestra visión ni puede ser “norma vacía de realidad”, ni “realidad vacía de normatividad”⁵. En la imbricación de norma y realidad, orden (jurídico) y poder (político), el Derecho Constitucional obtiene su mayor fuerza, pero también las más encarnizadas de sus controversias doctrinales.

Precisamente, para mostrar toda la potencialidad de nuestro principal objeto de estudio anclamos la Constitución en las preguntas de ayer, pero también, de hoy: desde el *yo, contigo y en las instituciones* de Aristóteles, a la imbricación renovada de la libertad y la igualdad con la fraternidad; desde los derechos del individuo, por el mero hecho de serlo, a la solidaridad compartida de los ciudadanos en un mundo que ya no puede cerrarse en la omnipotencia estatal; desde el clásico Estado legal de Derecho a su transformación en una ordenación jurídica, democrática y social, que tiene que afrontar los retos de lo global/local.

Para lograr sus metas nuestra disciplina debe partir de los clásicos en su búsqueda de ese lenguaje, común y compartido, que nos permita superar la dualidad, tan radical como imposible, entre el *científico jurídico* y el *pensador político*, y que tantos quebraderos ocasionó a todos aquellos que soñaron la pureza, comenzando por el propio Kelsen. La lectura de Hobbes y Locke, Montesquieu, Rousseau o Kant, nos presenta las premisas de un constitucionalismo que, desbordado en la práctica, mantiene viva su atracción ideológica. Pero no es posible reverdecer lo marchito; la fase liberal, cuando entró en crisis, en los primeros años del siglo XX, necesitó de respuestas, urgentes y decisivas. Por eso, en los comienzos del nuevo milenio debemos tener presente las aportaciones de los autores que descubrieron la metamorfosis del Estado liberal de Derecho y, sin embargo, tampoco podemos detenernos en una visión demasiado apegada al universo estatal.

En el Derecho Constitucional es donde se tocan lo válido y lo político, lo legal y lo legítimo; por esa razón, sin olvidar el método jurídico y la observación de la Constitución como Norma suprema del ordenamiento, no podemos rechazar, sin más, otras perspectivas, más abiertas, que tienen en cuenta los nuevos procesos en los que se

establecerse precisamente esas normas y no otras, sólo puede indicar que si quiere obtenerse tal fin, el medio apropiado para alcanzarlo, de acuerdo con las reglas de nuestro pensamiento jurídico, es tal o cual norma” (ibid., pp. 211-212).

⁵ Konrad Hesse, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 66.

inserta el Estado y la ciudadanía a la que debe servir⁶. Y, para llegar aquí, adentrarse en la obra de los juristas que definieron el objeto y método de nuestra disciplina sigue siendo imprescindible; citemos algunos ejemplos: la Alemania de Jellinek y su *Allgemeine Staatslehre* (1900-05), como enlace entre dos siglos, nos descubre la grandeza de un canon doctrinal pero también las contradicciones del sincretismo metodológico y de la teoría de las dos caras⁷, y qué decir de un Rudolf Smend o de Herman Heller; la Francia de Hauriou, con la supremacía y superlegalidad material de la Constitución, o Carré de Malberg y su ingente *Contribution à la Théorie générale de l'État* (1922); la Italia de Santi Romano y su noción de ordenamiento jurídico, o Mortati y *La costituzione in senso materiale* (1940); todo ello sin olvidar la Revolución americana, paradigma de un nuevo derecho con la Constitución no sólo en la cúspide, sino con mecanismos efectivos para su defensa.

Pero será en el clima de decepción y crisis del positivismo tradicional donde aparecen las obras de los pensadores que, a nuestro entender, más han marcado el desarrollo de nuestra disciplina: Hans Kelsen (1881-1973) y Carl Schmitt (1888-1985)⁸. Desde posiciones metodológicas enfrentadas ambos afrontan las preguntas básicas que debemos seguir contestando: ¿qué es el Estado y el Derecho?, ¿cuáles sus fundamentos, medios y fines?, ¿cómo definir la Constitución y la validez del ordenamiento jurídico?. Si fue Kelsen, tal y como nos señala Heller, quién puso sobre la mesa el problema del método (con su positivismo radical que desdeña toda contaminación metajurídica), será Schmitt el que coloque, de nuevo, a la voluntad soberana como fundamento de toda Constitución y de todo Derecho. Kelsen y Schmitt abordarán la relación *objeto de conocimiento/sujeto conocedor* desde presupuestos contrapuestos: a la concepción neocriticista de la escuela de Mamburgo, asumida por primero, donde el científico determina su propio ámbito de estudio, y con ello, su objeto de conocimiento, el jurista alemán opone la realidad de la vida, la situación fáctica en la que se encuentra inmerso el propio sujeto y de la que no puede separarse, aunque quiera. *Deber y ser, normalidad y excepción, normatividad (formal) y decisionismo (constituyente), racionalismo lógico e irracionalismo vital, formalismo jurídico y materialismo existencial*,..., todas ellas

⁶ En este sentido conviene reseñar la afirmación del profesor Alzaga: “Verdaderamente, la problemática del poder constituyente es una de las parcelas de la disciplina que nos ratifica en nuestra convicción de que es más adecuado el rótulo *Derecho político* que el de *Derecho constitucional* para abordar el estudio de los aspectos de la disciplina en que no es posible limitarse al empleo de los métodos jurídicos para adentrarse en la comprensión de ciertos fenómenos e instituciones” (Oscar Alzaga Villaamil, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Jorge Rodríguez Zapata, *Derecho político español. Según la constitución de 1978*, Vol. I, “Constitución y fuentes del derecho”, 3.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 169-170).

⁷ En Jellinek, el estudio del Estado podía observarse, desde dos perspectivas: 1) el Estado como construcción natural; 2) el Estado como institución jurídico-espiritual. La famosa, y, también, tan criticada, doctrina de las dos caras, permitía una *Teoría General del Estado* escindida en dos: por un lado, la *sociología del Estado*; y, por otro, su *teoría jurídica*. El *sincretismo metodológico* de Jellinek, como las dos caras de una misma moneda, se nutre de la dicotomía clásica entre *Estado* (como *poder*) y *Derecho* (como *orden legal*); el Estado, o es existencia psico-física, o formación espiritual. De ahí la contraposición que desarrolla: o estamos ante la naturaleza (ciencia natural), o frente al espíritu (ciencia espiritual). Así, por ejemplo, Norberto Bobbio recupera la teoría de las dos caras– poder/soberanía (ciencia política); derecho/constitución (jurisprudencia doctrinal)– como metáfora de una misma moneda, que, sin embargo, hoy debemos afrontar sin separaciones irreductibles (vid., Norberto Bobbio, *De senectute*, Taurus, Madrid, 1997, pp.129-131).

⁸ Vid., Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del Derecho Público*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.379-420 y pp. 443-487; y, como reelaboración de la tesis doctoral, dirigida por el profesor José María Ordóñez, vid., mi trabajo, *Ordenación jurídica y Estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*, Comares, Granada, 2002.

dualidades antagónicas que reproducen, en un enfrentamiento tan fructífero como no del todo superado, el *problema común* de la *unidad del Estado y del Derecho*.

Así, con la *totalización de una validez lógico-formal* (Kelsen) y lo *absoluto del sujeto soberano* (Schmitt), podemos confrontar un estudio tan inmerso en lo jurídico como imposible sin la realidad de lo político. Es en este ambiente doctrinal donde Hermann Heller afirmaría lo siguiente: “*Toda la problemática de nuestra dogmática jurídico-constitucional desemboca, en último término, en la cuestión de cómo es posible la unidad y ordenación de la Constitución...*”⁹.

Y, precisamente, la crítica de Heller a la visión unilateral tanto de Kelsen como de Schmitt, se basa en la necesidad de vincular *ser y deber, normalidad y normatividad, voluntad y norma, subjetividad y objetividad*, en fin, el *poder con el derecho*. Ni el reduccionismo lógico de la *norma sin poder* (Kelsen), ni el decisionismo volitivo del *poder sin norma* (Schmitt), sirven, a Heller, para describir la Constitución o, mejor, para analizar la teoría del Estado constitucional¹⁰. Pero, justo por eso, por partir de presupuestos extremos, son tan útiles a nuestra ciencia: como clásicos contrapuestos en el momento de máximo esplendor del Estado (la fase que domina sus obras más conocidas), pero, al mismo tiempo, autores capaces de transformar sus propias premisas al percibir la necesidad de nuevas respuestas al problema de la unidad jurídica y de la validez constitucional.

Así, la observación del Derecho, que ya con los institucionalistas deviene en órdenes e instituciones (Hauriou, en Francia; y, Santi Romano, en Italia)¹¹, permite dar salidas dispares a la crisis de entreguerras, para converger, al fin, hacia el estudio del derecho internacional y a la superación de la égida del Estado como forma determinante de toda ordenación humana. El camino a recorrer fue tortuoso y, en su mayor parte, enfrentado, pero sus últimas obras nos conducen a un nuevo análisis de nuestro objeto de estudio: ¿pueden la ordenación jurídica y, con ella, la constitucional, quedar constreñidas bajo la órbita de un Estado en concreto?; mejor aún, en un mundo supranacional ¿puede el Estado salvaguardar los derechos (de cada uno) y la democracia (de todos)?.

La oposición doctrinal entre Schmitt y Kelsen nos sirve para descubrir el problema del método en el Derecho Constitucional. Sus postulados de partida son radicalmente diferentes porque parten de presupuestos metodológicos en las antípodas; y, sin embargo, no podemos quedarnos, exclusivamente, en la descripción de sus obras más influyentes. Volver al período de entreguerras y rescatar sus diferentes concepciones sobre qué sea <<Derecho y Poder>>, <<Pueblo/Nación e Identidad/Representación>>, <<la Constitución y su defensa>>, etc., nos permite describir de manera contrapuesta y, a pesar de ello, arquetípica, la fase más imperiosa del Estado. Pero también con ellos podemos afrontar el reto de superar un cerrado estatalismo. De ahí, por un lado, la quiebra del ordenamiento escalonado, en el último Kelsen, con su imposibilidad de seguir aplicando la lógica en el derecho y su visión de

⁹ Hermann Heller, *Staatslehre*, 1934 (v. en español, *Teoría del Estado*, 1.ª ed., 1942, 2.ª ed., FCE, México, 1998, p. 334).

¹⁰ La reducción de la fundamentación constitucional a una decisión sin normación (Schmitt) o a una norma básica sin relación con la acción humana (Kelsen), será intentos baldíos, según Heller (ibid., pp. 335-338 y pp. 350-353). La posición intermedia que adopta Heller busca resolver el problema del Estado y su unidad, superando el formalismo jurídico a través de la determinación de la función social de dicha organización y ordenación humana y su conexión total con esa misma sociedad. Porque el que estudia el Estado no puede adoptar una posición separada de su objeto de análisis; entre el Estado y el investigador existe una relación que los vincula como “*identidad dialéctica de sujeto y objeto*” (ibid., p. 48).

¹¹ Vid., Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, 1958 y *Teoria dell'ordinamento giuridico*, 1960 (v. en español, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 1994, pp. 6-13).

la norma como sentido de un acto de voluntad; y, por otro, la reinención del significado del *nomos* como origen de todo orden y de todo derecho, en el Schmitt derrotado que prescinde de un enfoque deudor, en exclusiva, de lo estatal y del sujeto concreto que lo fundamenta, el Pueblo/Nación¹².

Cuando Kelsen abandone su *pura lógica jurídica* y Schmitt su *ontología, estatista y nacional*, las puertas hacia nuevas formas de observar el derecho quedan abiertas y, a pesar de los intentos de cierre, tan escolásticos como anacrónicos, el Estado perderá, definitivamente, los monopolios que lo definían:

- A) *Monopolio de la auto-reproducción normativa* (Kelsen). Pretensión imposible cuando la *Grundnorm* muta de *hipótesis lógica* del pensador jurídico a *ficción*, útil pero que se sabe falsa¹³. Si la lógica abandona el derecho y la norma es acto de voluntad, reaparece la fuerza¹⁴ y, en definitiva, queda vacía la identificación *Estado=Derecho=Orden Jurídico*. Los pies de barro de la teoría de la unidad del ordenamiento jurídico, con la *Grundnorm* como cierre del sistema, se desmoronan. Unidad y seguridad jurídica se sustentan en una ficción, útil para mantener el *como si* de un orden coercitivo efectivo que se dice sistema normativo, válido y de obligado cumplimiento; y, de la coherencia, en un modelo sin contradicciones entre normas,

¹² Para descubrir dicho cambio doctrinal conviene acudir a las siguientes obras: en Hans Kelsen, vid., *Derogation*, en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962, pp. 339 y ss.; *Die Funktion der Verfassung*, 1964 (v. en inglés, *The Function of a Constitution*, en *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 109-119); *Recht und Logik*, 1965 (v. en español, “Derecho y Lógica”, en *Cuadernos de Crítica*, N.º 6, UNAM, México, 1978), y la obra póstuma, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979 (v. en español, *Teoría General de las Normas*, Trillas, México, 1994); en Carl Schmitt, vid., *Der Nomos der Erde*, 1950 (v. en español, *El Nomos de la Tierra*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979) y, de manera particular, *Nehmen, Teilen, Weiden*, 1953 (v. en español, “Apropiación, partición, apacentamiento”, en *Colección Veintiuno*, Madrid, 1997).

¹³ Kelsen terminó por admitir el error de partida: en el mundo de la experiencia, no aparece ninguna *Grundnorm*, y, por ello, cambió su naturaleza; y de hipótesis trascendental (en el sentido kantiano) pasó a falsa ficción (en los términos de Vaihinger). La reducción de la realidad del derecho a relaciones lógicas, pensadas desde la unidad que proporciona la *Grundnorm*, tuvo que ser rechazada. Con ello, la *auto-reproducción* de un orden, como unidad jurídica, se transforma en un doble frente, para abrirse a la contingencia de la voluntad y a la superación de la identidad entre Estado y Derecho: de un lado, la *auto-crítica* a su *Reine Rechtslehre* (1960); de otro, el *auto-engaño*, al que parecen propensos los hombres, es decir, aquellos que buscan en un mandato coercitivo la norma objetiva e impersonal, válida y/o justa, o mejor, que afirman que lo que *es* (un orden de legalidad impuesto coactivamente), también *debe ser* (el sistema de legitimidad, debido y/o querido/consentido). La teoría de la *Grundnorm*, tan fundamental para toda la construcción jurídica de Kelsen, pierde el componente kantiano que la caracterizaba; la *Grundnorm* es, ahora, *ficción*: una ficción *contradictoria con la realidad* (donde no hay ninguna norma de este tipo, como sentido de un acto de voluntad efectivamente producido) y *consigo misma* (se llama norma cuando toda norma es, ahora, acto de voluntad y la Norma Fundante es acto de pensamiento). Una ficción instrumental que puede ser útil, pero que se sabe falsa. La acción de conocer la *Grundnorm* se presenta como acto de un pensamiento creador que coloca a Kelsen en posición de druida que saca de su chistera una poción mágica que, al momento, se desvanece. La *Grundnorm* se convierte, así, en la mentira de la que es consciente el científico del derecho, pero que se asume por su utilidad para sobrellevar lo efectivamente puesto (el derecho positivo) e impuesto (su concreción coercitiva). El sistema *auto-referencial* se convierte en descripción ficticia de una realidad jurídica que se nos escapa. O dicho de manera más expresa, con la *Grundnorm* como norma ficticia, la ciencia del derecho jurídica se sustenta en un imaginario artificial.

¹⁴ Cuando fracasa la neutralización técnica del Derecho, el Poder vuelve del exilio al que lo había condenado Kelsen; ya no se puede encerrar al poder subjetivo dentro de los principios lógicos aplicables a la unidad del derecho. Las normas, definidas como acto volitivo humano, siempre serán, en parte o en todo, creación discrecional. Si el derecho pierde la fundamentación de unas normas en otras y, con ello, su base final en la *Grundnorm* tiene que recomponerse como ficción, la ordenación jurídica no puede analizarse como unidad lógico-formal y nos encontramos, de cara, con la vigencia y ejecución inmediata de las prescripciones, en un modelo de múltiples organizaciones, combinadas y yuxtapuestas.

pasamos a la decisión resolutoria del operador jurídico con una tercera norma derogatoria, siempre en parte discrecional, que innova el derecho; la plenitud o ausencia de lagunas se suple con una heteronormación abierta que asume la combinación de distintos sistemas jurídicos, en una pluralidad de ordenamientos que intentan imponer sus modelos de fuentes a partir de la distribución de competencias entre instituciones jurídicas de distinto nivel: subestatal, estatal y transnacional.

- B) *Monopolio de la decisión política* (Schmitt). Cuando el derecho traspasa la órbita estatal, y, la política, desde lo económico, se torna mundial, el pueblo/nación, como sujeto constituyente, pierde su posición fundante. El último Schmitt rompe la relación entre Derecho y Estado que mantuvo con sus conceptos absoluto y positivo de Constitución, a partir de su fundamento ontológico en la nación como unidad política con voluntad propia. La nueva definición del Derecho se abre, con la actual prelación, entre las tres acepciones del *nomos* (*apropiación* o toma de la tierra; *participación* o distribución de lo tomado; y *apacentamiento*, o reproducción de lo tomado y ya distribuido), desde la tercera, es decir, desde una producción y consumo a escala planetaria como cauce prioritario para definir las nuevas formas de ordenación jurídica en el mundo de la globalización.
- C) *Monopolio legítimo de la violencia* (Weber). Ni siquiera se mantiene firme la definición weberiana del Estado¹⁵: la coordinación y/o subordinación de fuerzas de orden público a nivel transnacional, la privatización de la seguridad y de la guerra o la aparición grandes espacios sin presencia estatal – guetos en las ciudades o los llamados Estados fallidos–, pueden ser buenos ejemplos de su debilidad.

Pero ante la superación de los monopolios y la apertura hacia los procesos de transformación en un mundo global/local, convendría ahondar un poco más en la definición de Constitución, para así presentar el método en nuestra disciplina y posibilitar su renovación.

II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA UNIDAD DEL ESTADO (SIGLO XX).

Definir qué sea Constitución no es tarea fácil. La Constitución no presenta un significado unívoco, sino múltiples acepciones y usos, dispares a lo largo del tiempo y del espacio. Sin embargo, durante el siglo XX hubo, al menos, un acuerdo básico: hablar de Constitución es hablar de Constitución de Estado y, por tanto, resolver el problema de la unidad del Estado constitucional; lo que nos coloca en el constitucionalismo moderno y, en concreto, en el origen y desarrollo del Estado liberal o burgués de Derecho.

La comprensión de todo lo jurídico como un sistema que tiene su fundamento en la Constitución significa que cualquier *cuestión de derecho* se convierte en *cuestión desde la Constitución*. Pero los terrenos en los que nos movemos distan mucho de aquellas verdades, en principio, irrefutables, de las ciencias naturales. Más aún, la propia definición del derecho no ha sido, ni es, monolítica: algunos, lo identifican con la Justicia y los valores humanos; otros, con el Estado y la validez normativa o con un orden coercitivo efectivo, etc. Enfoques iusnaturalistas, positivistas o realistas, buscan solventar el problema de lo que sea el derecho desde presupuestos previos tan distintos,

¹⁵ “Por *estado* debe entenderse un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente” (Máx Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922; v. en español, *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1993, pp. 43-44).

como, en muchos casos, irreconciliables. Y, no obstante, desde Kelsen, la mejor forma de afrontar la observación del derecho parte de lo dado, de los elementos que lo componen y configuran como derecho positivo y válido¹⁶. Las normas sólo pueden entenderse dentro de un ordenamiento jurídico, y aquí es donde aparece la Constitución como norma, no sólo jurídica, sino la suprema de un ordenamiento concreto. Si, para un análisis decimonónico, la clave estaba en descubrir la naturaleza de la norma jurídica, como elemento aislado, en su identificación con el derecho, con los albores del siglo XX se comienza a percibir que, más que desde la norma, habrá que definir el derecho como conjunto de normas integrado en un todo, pleno y coherente de sentido; un todo que no puede verse como algo estático, sino como un sistema dinámico, en permanente evolución y transformación.

La construcción escalonada del ordenamiento jurídico, que Kelsen toma de Merkl, significa que las normas no forman un sistema como elementos en un mismo plano de igualdad. El orden jurídico se define como sistema jerárquico, es decir, compuesto por distintos niveles de normas, unas, superiores que validan a otras, inferiores, y, así, sucesivamente; pero, tanto si miramos *de arriba-abajo*, como si lo hacemos *de abajo-arriba*, la posición de la Constitución aparece como *base fundamental* para describir el orden jurídico¹⁷. Con ello, la reconstrucción del Estado, en la crisis del modelo liberal, se perfila desde la propia Constitución como norma nuclear del ordenamiento jurídico: el *Estado liberal-burgués de Derecho* deja paso el *Estado constitucional de ordenación jurídica*.

El Derecho, definido como ordenamiento, se convierte, así, en un sistema abierto y dinámico, cuya resolución de los problemas de la unidad, la coherencia y la plenitud, sólo puede replantearse, de dos formas: hacia dentro, desde la Constitución; y hacia fuera, en las relaciones del orden jurídico estatal con los nuevos caminos emprendidos por el derecho internacional y/o transnacional. Sin embargo, tanto desde un punto de vista interno como a partir de una perspectiva supraestatal, la teoría tradicional del ordenamiento jurídico, encerrada en la óptica del Estado, debe buscar nuevos enfoques en un sistema en continua transformación en el que es imposible negar la existencia de incoherencias y contradicciones internormativas, lagunas y vacíos, prestos a ser colmados, por unos operadores cada vez más conscientes de la quimera del principio de seguridad jurídica.

En el pensamiento positivista del siglo XIX fue clave una forma de hacer ciencia del Derecho apegada a sus postulados; superado el racionalismo iusnaturalista, la observación de lo jurídico se plegó a una doctrina que partía de la observación de los hechos, de lo dado, pero arrendada en la finca de las Ciencias Naturales. Sin embargo, el positivismo ingenuo y su epígono radical, el formalismo de Kelsen y la Escuela de Viena, no pudieron acallar aquellas doctrinas que buscaban la conexión entre la realidad y el derecho, la política y las normas. Corrientes sociológicas, irracionales o existencialistas, buscaron nuevos enfoques para definir lo que fuera el Estado y su

¹⁶ Vid., Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945 (v. en español, *Teoría General del Estado y del Derecho*, UNAM, México, 1.ª Ed., 1949; 5.ª Reimpresión, 1995); *Reine Rechtslehre*, 2.ª Ed., 1960 (v. en español, *Teoría Pura del Derecho*, 1.ª Ed. 1979; 5.ª Ed., UNAM, México, 1986). Vid., también, Hart y su distinción entre normas primarias (imposición de obligaciones) y norma secundarias (distribución de poderes y funciones), y como las segundas serían más definitorias de las sociedades complejas (H. L. Hart, *The concept of Law*, 1961; v. en español, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 99-123).

¹⁷ Vid., por ejemplo, como en Francesc de Carreras Serra, Juan Carlos Gavara de Cara, *Leyes Políticas*, 11.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 99, se recupera a Kelsen para explicar como “la Constitución es la norma superior de nuestro sistema normativo y, por consiguiente, encabeza todo el ordenamiento jurídico”.

Derecho. La crisis del constitucionalismo liberal, la quiebra de la identificación burguesa y su modelo de ley como norma general y, al tiempo, expresión de una voluntad, también, general, tiene su plasmación más consecuente en aquellos autores que perciben las transformaciones de la sociedad de masas de principios del siglo XX y, por ello, se vuelven a preguntar ¿qué es la Constitución?, ¿cómo se fundamenta?.

Cuando el Estado, como forma de ordenación jurídica y social, rompe los diques de un poder limitado a la salvaguarda de los derechos individuales, cuando la separación de poderes no muestra la realidad de una actuación estatal fuertemente activa, cuando el *modelo cerrado de legalidad*¹⁸ no sirve para definir y desarrollar la acción pública estatal, es necesario replantearse la oportunidad de seguir amarrados a una forma de entender la Constitución que se resuelve en la amnesia ideal del tan socorrido artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a pas de Constitution”). La combinación del artículo 16 con el artículo 3 de la *Declaración de 1789* (“El principio de soberanía reside esencialmente en la nación”) posibilitó la creación de una forma inédita de Estado, con su nueva legitimidad: el *Estado de Constitución nacional*¹⁹, como sublimación de la propia ideología liberal y, al tiempo, disolución del individuo nacionalizado en el sujeto político colectivo y actuante. Pero, pasados más de dos siglos, para renovar nuestra disciplina cabría pensar si no debemos investigar otros cauces, tanto en la forma (la Constitución, únicamente definida como garantía de derechos y separación de poderes) como en su fundamento (la nación soberana como sujeto constituyente).

La división social y profesional del trabajo, la burocracia impersonal de la Administración, el incremento exponencial de las funciones estatales y la reconversión de toda la organización pública, fueron causas determinantes para iniciar una nueva forma de observar la Constitución y el Derecho que superara la supuesta neutralidad del modelo burgués²⁰. La vieja doctrina liberal de la tríada de poderes (cada uno con sus competencias, y con un Parlamento, que dirige de la política a través de la creación de la Ley), tuvo que ser revisada. Separar *los poderes* para neutralizar *el Poder*, no define la organización del Estado cuando sus atribuciones han aumentado de manera tan acelerada que sus órganos, más que realizar funciones distintas, se coadyuvan - en común- para la realización y concreción del derecho. El derecho, más que ley, es ordenación jurídica, más que mera norma general, reproducción de normación - abstracta o concreta- que no depende de un único órgano, sino de todos en su conjunto. El parlamento, el gobierno/administración y, en última instancia, los jueces, participan en una actualización del derecho, que desde la generalidad, camina hacia a la resolución concreta de litigios, demandas y actuaciones (normas singulares). La mecánica

¹⁸ *Ley = Norma general; y Parlamento = creador de esa Ley y expresión de la Voluntad general.*

¹⁹ El constitucionalismo histórico español, a pesar de su recurrente caracterización como pendular, que más que simple inestabilidad lo que demuestra es la incapacidad de consolidar un verdadero Estado constitucional, presenta, no obstante, un ejemplo singular de la mencionada combinación liberal-nacional: por una parte, “La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”; y, al mismo tiempo, “Todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, ...” (Artículo 4 y Artículo 7 de la *Constitución de Cádiz* de 1812, las cursivas son nuestras).

²⁰ Aunque, como afirma el profesor De Cabo, “la Constitución liberal no era neutral y justamente porque no incorporaba contenidos económicos concretos era exclusivamente la Constitución económica del capital” (Carlos de Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 83). Ver, también, STC 1/1982, de 28 de Enero, en su diferenciación entre las Constituciones liberales del siglo XIX y las recientes Constituciones europeas, por la inclusión, en estas últimas, de la llamada constitución económica.

subsunción desde lo general a lo particular, desde la ley al actuar gubernamental-administrativo y a las sentencias judiciales, no puede mostrar la realidad de las funciones de los diferentes órganos estatales que participan, en mayor o menor medida, en el proceso de aplicación/creación normativa²¹. Los modelos estáticos y los estudios de la norma aislada, de la ley general y perdurable en el tiempo, no sirven cuando todo Estado, toda ordenación y todo el derecho, se presentan en el devenir dinámico, en el desarrollo en el tiempo y para el espacio.

La renovación de la organización del Estado y la reproducción de su ordenación jurídica dejan en evidencia un concepto de fuentes del derecho, sujeto a presupuestos y limitaciones del poder y, por ello, resuelto con el *silogismo lógico kantiano* y su separación radical de los poderes del Estado²². De ahí la búsqueda de una *nueva teoría de la Constitución*: si, como recogiera Mortati, el estudio de la Constitución va unido al de fuentes del derecho – ya que, en sustancia, *la teoría de las fuentes se identifica con la teoría de la Constitución*²³ –, la reconstrucción de la doctrina debe intentar una respuesta que integre los cambios que se producen por la quiebra del sistema tradicional de fuentes del Estado de Derecho.

Así, el Kelsen de la llamada pirámide normativa tiene que introducir una distinción en su concepto de Constitución, para posibilitar la fundamentación última de las normas y del ordenamiento jurídico en su conjunto: su tan criticada *teoría de la Grundnorm*. Lo que significa que, junto al ordenamiento jurídico positivo y su Constitución (jurídico-positiva), aparece la *Constitución lógico-jurídica*, como hipótesis del científico del derecho para la validación de cada una de las normas positivas, de la Constitución histórica y del propio orden jurídico. Sin embargo, la recurrente reducción de la construcción escalonada de Kelsen a su imagen como pirámide normativa puede que haya sido útil en el pasado para simplificar lo complejo y reforzar la unidad e identidad entre Estado y Derecho; pero ya es hora de prescindir de las grandes pirámides de los faraones y volver la vista al eterno hereje. La pirámide normativa, con su cúspide en la Constitución, no nos muestra el modelo kelseniano. Por encima de la pirámide escalonada, con sus normas de distinto nivel – superiores las del escalón más alto que validan a las normas inferiores del nivel más bajo –, aparece el gran disco solar: la *Grundnorm* como el dios Atón de Amenofis IV. La *Grundnorm*, convertida en dios-sol, irradia su energía fundamentadora sobre hombres y normas, convertidos en núcleos de imputación normativa, con el faraón Akhenatón y su fiel Nefertiti a la cabeza (Constitución positiva y legislación que la desarrolla). Es la *Grundnorm*, y no las pirámides escalonadas, la que fundamenta, como pura creación del pensador jurídico, la validez de cada uno de los niveles del ordenamiento y de cada una de sus normas,

²¹ El mejor ejemplo será, aquí, la labor del propio Tribunal Constitucional, como órgano de aplicación del Derecho y, al tiempo, de creador de nuevo Derecho, en cuanto interprete supremo de la Constitución.

²² Por su importancia para el análisis del Estado de Derecho clásico, recordemos el *silogismo kantiano*: “Cada Estado contiene en sí tres *poderes*, es decir, la voluntad universal unida en una triple persona (*trias política*): el *poder soberano* (la soberanía) en la persona del legislador, el *poder ejecutivo* en la persona del gobernante (siguiendo la ley) y el *poder judicial* (adjudicando lo suyo da cada uno según la ley) en la persona del juez (*potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*), como las tres proposiciones de un razonamiento práctico: la mayor, que contiene la *ley* de aquella voluntad, la menor, que contiene el *mandato* de proceder conforma a la ley, es decir, el principio de subsunción bajo la misma, y la conclusión, que contiene el *fallo judicial* (la sentencia), lo que es de derecho en cada caso” (Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797; v. en español, *La Metafísica de las Costumbres*, 1.ª ed., 1989, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142-143, las cursivas aparecen en el texto).

²³ Costantino Mortati, *La costituzione in senso material*, 1940 (v. en español, op. cit., *La Constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 17, nota 10; vid., también, Almudena Bergareche Gros, *Estudio preliminar*, op. cit., pp. XII-XV).

comenzando por la primera, la Constitución vigente. Es la *Grundnorm*, como Norma Fundante, la que permite observar el orden jurídico como unidad: bendice con cada uno de sus rayos a cada una de sus normas; habita en cada uno de los hombres como personas meramente jurídicas. No obstante, la identificación *Estado/Derecho*, propuesta por Kelsen, le lleva a un cierre de la unidad tan puro y perfecto como falso; de ahí su fracaso final y, por ello, la necesidad de volver la vista a aquellos pensadores que nunca dejaron de mirar de frente a la “Gorgona del poder”²⁴.

Lo que se busca, desde otras corrientes más apegadas a la realidad y menos a los presupuestos kantianos, es unificar los mundos, pero sin la confusión y el sincretismo anárquico que adolecía la obra de Jellinek. La unidad, y no la división radical entre mundos, debe presidir los esfuerzos científicos para definir el derecho y encauzar toda la problemática jurídica. Por eso, al contrario que Kelsen, se recupera el concepto de soberanía como doctrina clave para la unión entre *ser* y *deber ser*, entre *voluntad* y *norma*, entre *política/poder* y *derecho/válido*. Como ejemplo de esa recuperación, las obras de Carl Schmitt, de Rudolf Smend, o del propio Heller, nos muestran el lugar fundamental que vuelve a tener la *teoría sobre la soberanía*.

Así, en Schmitt, la base de la que se parte no es la confusión anterior, sino la fusión entre el poder y el derecho: unidad de la decisión volitiva (personal y subjetiva) y de la norma (impersonal y objetiva), como elementos a integrar en el proceso de producción de lo jurídico. El fundamento de la definición, sobre el Derecho y la Constitución, no estará en la separación entre los hechos y lo jurídico, sino en la relación, indisoluble, entre la realidad fáctica y los procesos de creación y actualización de la ordenación normativa. El problema de las fuentes del derecho desaparece en Schmitt, pero no mediante el funcionamiento interno y la estructuración formal que propone Kelsen: el Estado, como sistema de unidad normativa, no resuelve el problema de la unidad del ser; no sirve rechazar al ser político de la unidad estatal para buscar guarida en lo formal/funcional de la relación internormativa como graduación, interna y escalonada, del sistema de normas. La propuesta kelseniana sólo supone crear, de la nada (pensada), un camino (idílico) sin salidas reales o con respuestas ficticias. El contraste entre el *ser* y *deber ser* no desaparece mirando, exclusivamente, al funcionamiento interno y a la técnica de un derecho positivizado. Estaremos ante una validez artificial, meramente formal, que poco nos podrá decir del fundamento real del derecho. De ahí que Mortati presentara – después del positivismo empírico/clásico y de la pretensión de pureza realizada por el positivismo crítico de Kelsen– aquellas corrientes que buscan el fundamento de la unidad en un elemento heterogéneo, distinto del propio orden normativo. La validez del sistema de normas positivas no puede venir del mismo orden en el que se integran. Para el estudio de las normas y de lo jurídico habrá que partir de algún elemento de la realidad material²⁵.

Las doctrinas sociológicas, existencialistas e institucionales, a pesar de sus diferencias, tienen en común algo que las asimila y distingue del positivismo jurídico: su mirada hacia lo social como substrato del orden normativo. Y con esa idea de superación del formalismo normativo aparece la *Verfassungslehre* (1928) de Schmitt²⁶; el jurista del decisionismo busca un *auténtico* concepto de Constitución que permita

²⁴ Como nos recuerda su discípulo Métall, en la fecha tan temprana de 1907 Kelsen ya lo había advertido: aquellos que levanten el velo verán “venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder” (Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, 1969 (v. en español, *Hans Kelsen. Vida y obra*, UNAM, México, 1976, p. 37).

²⁵ Vid., Costantino Mortati, *La Constitución en sentido material*, op. cit., pp. 34-54.

²⁶ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928 (v. en español, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982).

ensamblar la separación neokantiana entre el *ser* y el *deber*. Los distintos sentidos de la Constitución le servirán para encontrar su propia definición y, así, rechazar la estéril oposición entre mundos antagónicos e incommunicados²⁷. Con Carl Schmitt, el problema de la definición de lo jurídico se convierte, en el período de entreguerras y en su fase más decisionista, en una huida hacia el poder para descubrir el derecho. Frente al modelo liberal-burgués, de un Estado creado para garantizar los derechos fundamentales, previos y superiores al Estado mismo, el análisis schmittiano refuerza la totalidad del poder estatal con su identificación entre Estado y Constitución (*concepto absoluto real de una unidad política existencial*) o su definición de la Constitución como decisión fundamental del titular del poder constituyente (*concepto positivo de la voluntad soberana*). Se trataría, por tanto, no del Estado de Derecho de la doctrina liberal dominante en el siglo XIX, sino de centrar el estudio jurídico en el Estado y en la soberanía, es decir, en la unidad política de un pueblo, que *se sabe, se constituye* nación. No sirve un Estado de Derecho cuya creación es el resultado de la defensa de los derechos naturales e individuales; ya no vale el análisis del Estado desde su neutralización como distribución del poder y organización de funciones (el poder no se define, pero se oculta y parcela), ni como ente pasivo y enfrentado a la sociedad.

El Estado que observa Schmitt ni es el “*Estado de Derecho*” (liberal), ni el que confunde la Constitución como decisión soberana de una unidad política con la mera forma o procedimiento (*concepto relativo o de igualación de cualquier precepto inserto en la Constitución*), pero tampoco la identificación jurídica *Estado/Derecho* que intenta Kelsen (*concepto absoluto pensado*), sino su forma y poder como “*Derecho del Estado*” (total). El sincretismo y la combinación del Estado legislativo parlamentario no dicen nada del modelo propuesto por Schmitt y que, en la realidad histórica de su tiempo, comienza su camino transformador: un Estado no limitado a salvaguardar derechos o a definirse desde la propia técnica jurídica, sino pleno de poderes y absoluto en medios y fines. Pero, tras la quiebra del *Totale Staat*, en su concreción totalitaria con el sistema de sangre y tierra del III Reich, Schmitt rechaza su propia visión jurídica, tan apegada a la batuta del Estado soberano y a la ontología volitiva del pueblo/nación. La búsqueda de nuevas formas para definir el derecho, con el *nomos* de una Tierra regido por la producción y el consumo a escala planetaria, cierra el capítulo estatal y se abre a la integración con otros ordenes.

En los párrafos anteriores hemos intentado resumir algunas de las corrientes más influyentes de nuestra disciplina, desde una óptica definida por el Estado: primero, la noción liberal y su Constitución como límite al poder, garantía de derechos y separación de funciones; después, tras la crisis del modelo legislativo parlamentario, la respuesta formal desde la lógica jurídica (Kelsen) y la salida soberanista desde la ontología nacional (Schmitt). Y como nuestra pregunta era la definición de la Constitución, de este breve recorrido histórico y doctrinal podemos rescatar tres conceptos:

- 1) *Constitución ideal/liberal*. Como salvaguarda de derechos del individualismo posesivo o propietario, que, más que definir el poder, lo limita a través de la división en la tríada tradicional del silogismo kantiano.

²⁷ Para De Otto, “una variedad de conceptos de Constitución tan extraordinaria y desorientadora (como la presentada por Schmitt en su *Teoría de la Constitución*) sólo puede explicarse como resultado del intento consciente de negar la supremacía de la Constitución misma” (Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, 7.ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1999, p. 23). Aunque Schmitt, más que pretender negar la supremacía de la Constitución, lo que rechaza es la prelación de lo normativo sobre lo existencial; para, precisamente así, fundamentar lo uno (el derecho) en lo otro (la ontología política de una unidad nacional, viva y volitiva).

- 2) *Constitución técnico-normativa*. Como fundamento último de la validez de las normas y del ordenamiento jurídico en su conjunto, en el que se integra como Norma Suprema.

- 3) *Sentido ontológico/existencial*. La Constitución como decisión fundamental y concreta del titular del poder constituyente, es decir, de un sujeto político con voluntad propia que se dota, por sí y para sí, de una concreta manera de ser y devenir.

Pues, precisamente, la *Constitución Española* de 1978, principal objeto de estudio en nuestra disciplina, recoge, de manera diferente y en un difícil equilibrio, estos tres referentes conceptuales:

- 1) *Constitución liberal*. El artículo 10.1. afirma que “la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, ..., son fundamento del orden político y de la paz social” (*presupuesto fundamentador del orden político, los derechos de la persona por el hecho de serlo*); y, a pesar de obviar la separación en tres de los poderes, y articular, en cambio, una distribución, horizontal y vertical, de los distintos poderes públicos, coloca al único de los poderes clásicos así denominado como garante ordinario del Estado de Derecho (Título VI, *Del Poder judicial*), en su independencia y sometimiento al imperio de la ley (artículo 117.1).

- 2) *Constitución normativa*. El propio artículo 1.1., por el que “España se constituye en Estado social y democrático de Derecho”, precisa del concepto de ordenamiento jurídico, a través de sus valores superiores; o, cuando el artículo 9.1. sitúa a ciudadanos y poderes públicos como centros de imputaciones normativas, “sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (*fundamento del orden jurídico, en forma y contenido: la Constitución vigente*).

- 3) *Sentido ontológico*. Ya en su Preámbulo afirma que “la Nación española, ..., en uso de su soberanía, proclama su voluntad” de dotarse de una Constitución, que “las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica”; o, aún más explícitamente, cuando su artículo 2 fundamenta la Constitución “en la indisoluble unidad de la Nación española” (*fundamento de la propia Constitución en la unidad nacional*).

Pero, a pesar de la confluencia de estos tres conceptos en la Constitución de 1978, a pesar de la entrada de valores y principios del Estado liberal – y, también, del social y democrático– de Derecho, a pesar de su fundamento existencial en un sujeto político nacional, toda *referencia metajurídica* y toda *fundamentación constituyente* se convierten en ordenación de funciones y poderes: *continente constituido*, sujeto a las prescripciones constitucionales, y, al unísono, *contenido transformador*, es decir, fines a perseguir por la actuación de los poderes públicos.

Con la validez y supremacía de la Constitución, el problema del poder y de la soberanía se resuelven en la articulación y el desarrollo de una ordenación constitucional y jurídica²⁸. O, por decirlo de forma más contundente, el pueblo/nación, titular de la soberanía y del poder constituyente deviene en ciudadanos, titulares de derechos políticos, que los ejercen, siempre, dentro de los límites de la Constitución. Por tanto, sin necesidad de acudir a la *Grundnorm* kelseniana, la propia Constitución, jurídico-positiva (C.E), se convierte no sólo en fuente de las fuentes, sino en

²⁸ Como nos recuerda Pedro de Vega: “el principio político de la soberanía popular se transforma en el principio jurídico de supremacía constitucional” (Pedro de Vega, “En torno al concepto político de Constitución”, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Miguel Angel García Herrera (dir.), Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, p. 705). Vid., también, Carlos de Cabo Martín, *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, 2003, pp. 29-61.

determinación material del contenido legal, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, tal y como afirmara el profesor Rubio Llorente²⁹.

Así se desvanece no sólo la distinción de Kelsen entre *Constitución lógico-jurídica* y *Constitución jurídico-positiva*, sino también la decisión volitiva y total del sujeto constituyente del Schmitt más nacionalista (*concepto absoluto y positivo de Constitución*)³⁰. Ahora, sin fundamentaciones hipotéticas o ficticias, la *Constitución escrita y vigente*, como obra del titular de la soberanía, es, por sí misma, *Norma fundamental y fundamentadora* del ordenamiento jurídico español y *límite infranqueable* al que deben plegarse todos los poderes y todos los ciudadanos.

La Constitución, como cúspide de la ordenación jurídica y norma suprema de obligado cumplimiento, combina una doble perspectiva, estática y dinámica:

- A) *Estática/Material*, en la medida en que los preceptos de la Constitución – incluidos el iusnaturalismo, renovado y positivizado, y los principios más programáticos y transformadores de la sociedad–, como normas materiales superiores, son el marco de interpretación y sentido del resto de las normas del orden jurídico, es decir, no sólo el origen de la objetivación jurídica de los derechos y deberes de los sujetos a sus prescripciones (ciudadanos), sino, además, el contenido que debe ser respetado y desarrollado por cada uno de los legisladores – estatales y autonómicos– y por el resto de los operadores jurídicos, en toda normación, práctica judicial y actuación pública.
- B) *Dinámica/Formal*, la Constitución no sólo establece la estructura institucional y la distribución de competencias – horizontal y territorial– entre los órganos constitucionalizados, también determina los procedimientos de reproducción normativa e, incluso, de reforma o revisión de su propio articulado, en un relativismo axiológico tan acentuado como contradictorio con sus fines y fundamentos³¹.

Ambas perspectivas, estática y dinámica, no pueden ser vistas como compartimentos estancos, sino en una fusión temporal e histórica que, desde la democracia finalista y la función transformadora de la sociedad, inserta en la misma Constitución, emplazan a todos los poderes públicos e, incluso, a los propios ciudadanos, a cumplir con los objetivos, materiales y efectivos, del Estado social y democrático (artículo 9.2.). La Constitución, como Norma Suprema que unifica lo estático con lo dinámico, el contenido a respetar con los procedimientos y fines a desarrollar, permite una ordenación abierta y en permanente actualización, que se realiza tanto en la construcción de los nuevos subsistemas jurídicos del Estado de las Autonomías como a través de la integración del ordenamiento español en otros sistemas transnacionales³².

²⁹ Desde la lógica jurídica, la conclusión a que nos lleva, la función constitucional como “fuente de las fuentes del Derecho”, sería la siguiente: “Es obvio que aunque la Constitución viene a insertarse en un ordenamiento preexistente no se acomoda a él sino que, por el contrario, lo fuerza a adecuarse a ella, de manera que puede decirse con exactitud y no como simple metáfora que la Constitución es base – o si se prefiere, cúspide– del ordenamiento entero” (Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83).

³⁰ Para el profesor Rubio Llorente, aunque no es necesario partir de un presupuesto iusnaturalista, “no hay otra Constitución que la Constitución democrática” (ibid., p. 87), por ello critica la clasificación de Schmitt como “descomposición del concepto” que “se origina en un escepticismo total frente a la democracia y apunta objetivamente a su destrucción” (ibid., nota 2, p. 79).

³¹ El Título X *De la Reforma Constitucional*, con su tan criticada posibilidad formal de una revisión total o reforma parcial (art. 168.1.) y con un procedimiento de reforma agravado ordinario que se puede concluir sin ratificación popular (art. 167.3.). Vid., Pedro de Vega, *La reforma constitucional y el problema del poder constituyente*, 1.ª ed., 1985, 3.ª reimpresión, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 151-162.

³² Ver, Título VIII *De la Organización Territorial del Estado* y Artículo 10.2. y Capítulo III del Título III *De los Tratados Internacionales*.

Pero la revolución jurídica que supone la concepción de la Constitución como Norma Suprema del ordenamiento jurídico, con su modelo efectivo de defensa – singularmente a través de la justicia constitucional y el procedimiento agravado de reforma–, no puede llevarnos a una *teología constitucional* que coloque a la Constitución en el altar sagrado de las verdades absolutas e inmutables y limite nuestra disciplina a la labor de meros glosadores de jurisprudencia. La adecuación de la interpretación de la Constitución a la realidad del momento o, en su caso, la posibilidad de su reforma, no pueden verse sino como mecanismos que acrecientan su valor jurídico, o por decirlo con palabras por todos conocidas, que nos presentan la “fuerza normativa de la Constitución”³³.

III. NUEVOS ENFOQUES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL (¿SIGLO XXI?).

La crisis del modelo cerrado de legalidad del Estado Legislativo Parlamentario, la imposibilidad de mantener una doctrina de las fuentes del derecho centrada en el imperio de la ley y en el silogismo deductivo de lo más abstracto a lo más concreto, en fin, la propia evolución de la sociedad, desde su tránsito del siglo XIX, con el sufragio censitario y la homogeneidad burguesa, al siglo XX, con el universalismo del sufragio, la lucha de clases y la irrupción de la heterogeneidad en los Parlamentos, son algunas de las cuestiones a las que se enfrentaron los estudios de la Constitución y del Estado. De manera esquemática hemos visto las soluciones propuestas por algunos de los representantes más importantes de nuestra disciplina; pero, a veces, cuesta asumir que hemos cambiado de siglo; y, evidentemente, los problemas actuales también deben tener sus respuestas desde el Derecho Constitucional.

El cambio que supuso para todo el Derecho la transformación del clásico Estado de Derecho al Estado constitucional de ordenación jurídica, ya presentó su salida. Pero el *valor jurídico de la Constitución* – que de texto meramente ideológico y, como máximo, ordenador de la distribución de los poderes del Estado y declaración de los derechos de los individuos, pasa a ser no sólo norma, sino la suprema del ordenamiento jurídico– produjo tal revolución en la forma de entender el derecho que todavía muchos pueden seguir describiendo lo jurídico como si, desde entonces, nada hubiera pasado. Por poner un ejemplo clarificador, sería como si al hablar del Estado español sólo lo calificáramos de Estado de Derecho, es decir, de Estado omnicompreensivo de ordenación, constitucional y jurídica³⁴, obviando su definición como social y democrático y su inserción en el mundo de la globalización y de la actualización de lo local/territorial (Unión Europea y Estado de las Autonomías, por concretar aún más).

Y, sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, algunos de los más preclaros representantes de nuestra disciplina se dieron cuenta de la dificultad de mantener al Estado como concepto exclusivo que se llega a identificar tanto con la Política como con el Derecho; ni el Estado puede ser y hacer toda Política, ni el Estado controla y crea

³³ Vid., Konrad Hesse, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 59-84. “La constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. (...) Pero la Constitución jurídica no es sólo expresión de la realidad de cada momento. Gracias a su carácter normativo ordena y conforma a su vez la realidad social y política. De esta coordinación correlativa entre ser y deber se derivan las *posibilidades* y, al mismo tiempo, los *límites* de la fuerza normativa de una Constitución” (ibid., p. 75); pero siempre desde una respuesta jurídica previa: “...el principio de la constitución jurídica se encuentra por encima del de la soberanía popular” (ibid., p. 79).

³⁴ Ejemplo de la expresión Estado de Derecho como omnicompreensivo, a pesar de afirmar la necesidad de su adjetivación como social y democrático, vid., Fernando Garrido Falla, “Artículo 1”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 25-29.

todo Derecho. Y, si el Estado deja de identificarse con el poder y con lo jurídico, ¿dónde queda su Constitución?

El concepto de Constitución ha ido tan unido al término Estado que podemos hablar de un Derecho Constitucional exclusivamente estatal: la Constitución es del Estado y el Estado es constitucional. Pero, como ya adelantamos, el artículo 16 de la *Declaración de Derechos de 1789* se había completado con el artículo 3, la Constitución como garantía de los derechos individuales y límite del poder, se había (con)fundido con la definición de la soberanía nacional: el Estado es la forma de una nación y aparece su máxima expresión, el Estado-nación³⁵. Y, precisamente, es en la imposibilidad actual de subsumir los derechos del hombre y del ciudadano en el carácter total de un Estado-nación, fundamentado en un sujeto existencial con voluntad propia, donde la renovación Derecho Constitucional puede aproximarse a los nuevos tiempos.

Cuando se une la *potestas* con la *autoritas*, cuando el Estado es el creador de la verdad de la ley y la titularidad de la soberanía se residencia en la nación, *se constituye* la idea de exclusividad del Poder y del monopolio del Derecho: todo individuo y toda agrupación humana se subsumen en la totalidad de nación y, por ello, todo el poder, emana, expresamente, de ella. Ni la legitimidad medieval de los antiguos estamentos, ni el poder transcendente y divino del monarca, sirven para descubrir la nueva legitimación de la soberanía que reside en la nación³⁶. Más aún, desaparecen viejas legitimidades y sólo nos queda una: el Pueblo/Nación como titular del poder, y, el Estado, como forma político-jurídica que lo expresa, hacia adentro (monopolio de la violencia y exclusividad territorial), y, hacia fuera (independencia frente a cualquier otro Estado). Y, sin embargo, los tiempos más excelsos del Estado ya hace mucho que pasaron. De ahí la necesidad de descubrir hacia donde debe mirar el Derecho Constitucional ante unos nuevos procesos de constitucionalización que abandonan la órbita de una soberanía estatal ilimitada³⁷.

En el mundo de la globalización y de la recuperación de los particularismos ¿podemos ahogar el término Constitución dentro de los estrictos perfiles del Estado-nación?. Cuando ya no sirve decir que el Estado define todo el Poder y crea todo el Derecho, la disciplina constitucional necesita abrirse a los procesos que nos presentan a los nuevos detentadores del poder y a las nuevas formas de reproducción jurídica.

Por ello, en un Estado constitucional en el que las declaraciones grandilocuentes sobre el poder del pueblo/nación vienen constreñidas por las mismas prescripciones recogidas en los textos constitucionales³⁸, la renovación de nuestra disciplina tiene que encarar, básicamente, dos cuestiones:

³⁵ Häberle nos recuerda las deudas del Estado constitucional, gracias a 1789. Señalemos algunas: “*carácter escrito* de las Constituciones”; “*Libertad, Igualdad* y (más bien verbalmente), *Fraternidad*, o derechos fundamentales del individuo como derechos innatos”; “*declaraciones o tablas de derechos humanos en su conjunto*”; “*la idea de codificación* (esto es, de la regulación completa) y de la positivación del Derecho (natural)”; “*la doctrina del poder constituyente del pueblo...o de la soberanía popular y de la representación*”; “*procesos de elaboración y reforma de la Constitución*”; “*la separación de poderes*”; “*el concepto de Ley-voluntad general*”; “*la República como forma de Estado y la idea del Estado nacional*” (Peter Häberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia constitucional, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 76-77, las cursivas son del propio texto).

³⁶ Vid., Maurizio Fioravanti, “Estado y Constitución”, en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13-43.

³⁷ La tan conocida STC 4/1981, de 2 de febrero (F. Jdo. 3.º), así lo enuncia, cuando al definir la autonomía también afirma que la propia soberanía no es ilimitada: “En efecto, autonomía no es soberanía – y aun este poder tiene sus límites–, ...”.

³⁸ Básicamente dos: por un lado, conversión del pueblo, como titular de la soberanía, en ciudadanos, en cuanto titulares actuantes con derechos políticos, que participan en los asuntos públicos a través de los

- 1) La transformación del Estado y de su Constitución ante los procesos de lo global/local.
- 2) La renovación del concepto de ciudadanía, como soporte primero del poder en un Estado que ya no puede confundirse ni con el monopolio de la creación jurídica (unidad cerrada de un orden normativo, con la Constitución como cima última de validación), ni con su fundamento político (nación volitiva, presente y actuante).

En el mundo de lo global/local ni la política se circunscribe al Estado, ni el derecho puede quedar encerrado en los límites estatales de una Constitución nacionalizada. La propia recomposición del Estado, tanto por arriba (procesos de *gobernanza* supraestatales/transnacionales), como por abajo (autogobiernos y autonomías políticas, territoriales y locales), supone asumir nuevas formas de constitucionalización a las que no podemos dejar de lado, a pesar del actual fracaso de su ejemplo más retórico, la mal llamada *Constitución para Europa*. Ante la nueva realidad, el Estado no se debilita, pero adelgaza: recoloca competencias y medios para potenciar sus nuevos frentes como instrumento básico no sólo de mediación entre las instituciones transnacionales y las entidades subestatales, sino también como garante de la nivelación intraestatal entre derechos y obligaciones, de la realización efectiva de la solidaridad y de la redistribución de la renta - interpersonal e interterritorial- en un modelo de legitimidad democrática y social.

Y es aquí donde el Estado constitucional puede desprenderse, de manera definitiva, de algunos de los fundamentos que lo definían. Cuando el Estado ya no puede resolver el problema de la unidad ni con un pueblo/nación como sujeto político, identitario y total, ni con su identificación con un ordenamiento jurídico, coherente y pleno, separado del resto, la ciudadanía retoma toda su fuerza como concepto fundamental del Derecho constitucional. Una ciudadanía que no se agota en la forma de la democracia procedimental, sino que se actualiza en el carácter material y efectivo de la democracia finalista; una ciudadanía que no se detiene en el mero procedimiento de acceso al poder, sino que busca realizar, desde la solidaridad, los fines insertos en el propio desarrollo del Estado constitucional³⁹. Con la nueva ciudadanía, la democracia *del* pueblo (representación), *por* el pueblo (participación), lo es, también, *para* todo el pueblo (libertad, igualdad y solidaridad entre los individuos que conforman las diferentes instituciones públicas y se hallan sometidos, en términos generales, a los mismos ordenes jurídicos).

Así, desde distintas posiciones doctrinales (*liberales, republicanos, comunitarios*)⁴⁰, el debate sobre la ciudadanía también tiene su eco en Derecho

distintos mecanismos constitucionalizados (electorales y representativos, plebiscitarios y de acceso a cargos o funciones públicas); por otro, metamorfosis del poder constituyente en poderes constituidos y proceso de reforma del texto constitucional, sujetos a las reglas predeterminadas en la propia Constitución. Ejemplos: “La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución” (Artículo 1. de la *Constitución de la República Italiana* de 1947); “Todo el poder estatal emana del pueblo, el cual lo ejerce en las elecciones y votaciones, ...” (Artículo 20.2. de la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* de 1949); “La soberanía nacional pertenece al pueblo, que la ejercerá a través de sus representantes y por vía de referéndum” (Artículo 3. de la *Constitución de la República de Francia* de 1958); “La soberanía nacional reside en el pueblo español...” y “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, ..” (Artículo 1.2. y Artículo 23.1. de la *Constitución Española* de 1978).

³⁹ Para la propuesta del concepto de solidaridad como elemento definidor del nuevo Derecho Constitucional, vid., Carlos de Cabo Martín, *Teoría constitucional de la solidaridad*, op. cit., pp. 106-107.

⁴⁰ Vid., María Benita Benítez, “La ciudadanía en la teoría política contemporánea: modelos propuestos y su debate”, Tesis Doctoral, Madrid, 2004, ISBN: 84-669-2631-3.

constitucional⁴¹. Pero, junto a los problemas compartidos con otras disciplinas – *libertades negativas* frente a *libertades positivas*; *homogeneidad/identidad* versus *diferencia/pluralismo*; *democracia procedimental* o *democracia finalista*–, en la nuestra cabría cuestionar la relación, hasta ahora insoluble, entre ciudadanía y nacionalidad⁴². Si la identificación entre ambas definía las distintas esferas de la *ciudadanía* (institución jurídica que confiere derechos y delimita obligaciones; participación política en las instituciones públicas; solidaridad compartida entre los miembros de una comunidad singular) desde la *nacionalidad* (subsunción del ciudadano en la nación de la que forma parte como un todo con voluntad expresa), ahora está por ver si las transformaciones del Estado-nación quiebran su último monopolio: el del acceso a la ciudadanía a través de la nacionalidad.

Aunque si somos consecuentes con un Estado social y democrático que busca no sólo la protección de los derechos individuales (art. 10.1.), sino también la transformación de la sociedad (art. 9.2.), ¿podemos seguir fundamentado la Constitución en un sujeto volitivo que proclama la existencia de una nación con capacidad de decisión política homogénea?, ¿o, más bien, debemos adecuar la legitimidad democrática con la participación de todos los individuos sujetos a las prescripciones del orden constitucional y jurídico?

Y, aquí, nos encontramos con dos salidas constitucionales: o, rechazando la diversidad y la pluralidad de identidades, se sigue manteniendo la insoluble unidad entre ciudadanía y nacionalidad, como vínculo de *pertenencia* del individuo a una identidad nacional, exclusiva y excluyente; o, bien, se asume la inherente multiplicidad de identidades individuales y colectivas a partir de la *permanencia* – continuada y estable– del individuo en un determinado territorio, proyectando los efectos de las diferentes esferas de la ciudadanía⁴³ en los distintos niveles institucionales⁴⁴.

La relación *ciudadanía/nacionalidad* presenta, por tanto, dos posibles respuestas: *primera*, la disolución de la legitimidad democrática (*demos*) en la identidad nacional (*ethnos*); *segunda*, el incremento de la legitimidad del Estado democrático con

⁴¹ Vid., como ejemplo, la trilogía de Gurutz Jáuregui, *La democracia en la encrucijada*, Anagrama, Barcelona, 1995, *La democracia planetaria*, Nobel, Oviedo, 2000, *La democracia en el siglo XXI: un nuevo mundo, unos nuevos valores*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2004.

⁴² Vid., Benito Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006; José Antonio Sanz Moreno, “Globalización y nueva ciudadanía en democracia”, en *Hispanogalia. Revista hispanofrancesa de Pensamiento, Literatura y Arte*, Consejería de Educación, Embajada de España en Francia, N.º II, París, 2005-2006, pp. 47-82.

⁴³ En su doble dimensión: a) *jurídico-objetiva* (la ciudadanía como *status* jurídico de los individuos y articulación de imputaciones normativas), en su concreción como derechos y libertades y, al tiempo, deberes y responsabilidades; b) *político-social* (la ciudadanía como fundamento democrático de legitimación pública), en su actualización subjetiva a partir de la participación en la formación y actuación de las instituciones y, por ello, cauce de vinculación política y social y solidaridad reforzada entre los individuos que las conforman.

⁴⁴ Tanto *estatales* (Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, y, entre estas últimas, y desde el principio de subsidiariedad, el incremento competencial y financiero de los Municipios en cuanto realización de la democracia de proximidad; ver la *Carta Europea de Autonomía Local* de 15 de octubre de 1985) como *supraestatales* (de carácter general, a través de la potenciación de las organizaciones internacionales de alcance mundial en su protección de los derechos universales y, más concretamente, a partir de una ciudadanía europea no resuelta en su vinculación a la nacionalidad previa a un Estado miembro, sino, en primer lugar, por la permanencia continuada en suelo europeo). Vid., José Antonio Sanz Moreno, *El Universo local. Nación y Estado, Constitución y Autonomías*, Comares, 2005; y, en proceso de publicación, dentro del libro colectivo sobre el Humanismo, dirigido por Pedro Aullón de Haro, mi artículo “Humanismo y Globalización, Ciudadanía y Democracia”.

la protección y participación de todos los que se hallan sometidos a un ordenamiento jurídico coercitivo en la renovación del mismo.

Si miramos al pasado podemos enrocarnos en la primera respuesta, pero sólo si afrontamos el presente seremos capaces de mostrar la ficción de supuestas unidades políticas con voluntad inequívoca, para observar de frente, no ya a esa Gorgona del Poder de la que nos hablara Kelsen, sino a una realidad política tan plural como inabarcable desde un constitucionalismo aferrado a las fronteras de cada Estado y nación.