



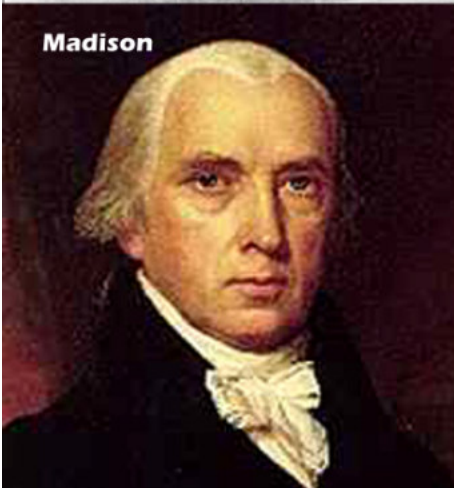
Montesquieu

LA CONSTITUCIÓN:

**La seguridad jurídica
e interpretación
constitucional**



Madison



Mariano
Gálvez



*Junta Directiva
2006-2007*

Preámbulo

El propósito de la Junta Directiva del Congreso de la República al publicar esta recopilación de materiales es el coadyuvar al enriquecimiento del acervo político de los señores Diputados y pueblo de Guatemala, trasladando la experiencia y la visión de políticos y estadistas que han trabajado con éxito en la transición democrática de sus respectivos países para alcanzar una sociedad moderna con competitividad económica y desarrollo social, el gran reto histórico que tenemos por delante todos los guatemaltecos.

LA CONSTITUCIÓN Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

GREGORIO PECES-BARBA

Una forma de aproximación al estudio de la Constitución que no plantea el análisis de un texto positivo concreto, ni tampoco una comparación entre textos históricos, es quizá la que apunta en la llamada Teoría de la Constitución, más propia de la metodología de los iusfilósofos que de los constitucionalistas. Podemos situar la Teoría de la Constitución en el ámbito de la crítica de la dogmática jurídica, uno de los temas más interesantes y más inexplorados de la filosofía jurídica. En este sentido, este trabajo supone el homenaje del autor a la Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario, e incorpora dimensiones que pueden ser de interés para la interpretación de nuestro texto constitucional.

Constitucionalistas heterodoxos como Gomes Canotilho o como Michel Troper han tratado también de construir una teoría nacional y abstracta del concepto de Constitución¹. El propio Kelsen, Ricardo Guastini o, en España,

Luis Prieto o Rodríguez Uribes entre otros, han abordado temas constitucionales como filósofos del Derecho desde la Teoría de la Constitución. Las líneas que siguen tienen también esta perspectiva racional y abstracta. Es así, pero teniendo en cuenta el papel del tiempo histórico en la formación de esta racionalidad. No cabe sino una razón histórica, y ni siquiera los diccionarios, que pretenden fijar el valor estable de los términos, pueden escapar a esa exigencia. En el *Diccionario político y social del siglo XIX español*, que dirigen los profesores Fernández Sebastián y Fuentes, se afirma con acierto que

“...la insolayable historicidad y dinamicidad de las sociedades hace inviable cualquier propósito de fijación de un cuadro categorial definitivo...”.

Recordando a Gadamer y a Paul Ricoeur añadirá que

“...no existe un presente privilegiado o perspectiva temporal que pueda reclamar para sí el carácter de (único) punto de vista correcto desde el cual fijar una versión definitiva de los hechos del pasado... un lugar conceptual neutro desde donde establecer de una vez y para siempre el contenido del bien político de modo tan absoluto que la discusión ‘política’ pudiera darse por concluida...”².

Los analíticos inteligentes aceptan la radical historicidad de los conceptos. Los otros se encierran en un racionalismo abstracto, de espaldas a la Historia, lo que les lleva grandes y significativos errores.

LA CONSTITUCIÓN COMO CONCEPTO HISTÓRICO



Podemos partir de que la idea de la Constitución es un concepto histórico, y no sólo un concepto que recibe la influencia de la realidad histórica de cada momento.

Es un concepto histórico del mundo moderno, que se incorpora especialmente a partir del siglo XVI al concepto más amplio de Derecho, que, influido como todos por las variaciones históricas, es más estable y lo encontramos con una forma más primitiva o más depurada desde que existen nociones históricas.

Y así, el concepto de Constitución aparece como *lex fundamentalis* en Bodino y en los monarcómacos, y en los juristas regios que aceptaban que las leyes

fundamentales constituían una limitación al poder del rey. En la Inglaterra del XVII, Locke y también los *Whigs* radicales, los *Levellers* con Milton, Harrington, Sidney, y algo más tarde Trenchard y Gordon, hablarán del *fundamental law*, que no solamente limitará el poder del rey, sino también el del Parlamento. Así, por primera vez aparece, antes de Sieyès y de los padres fundadores de la democracia americana, el fundamento de la garantía de la Constitución, del control de la constitucionalidad de las leyes. En el excelente libro *La lucha por la Constitución*, del profesor Javier Dorado, encontramos un lúcido análisis de ese tema y de ese período histórico³. A veces, en el desarrollo histórico, el concepto de Constitución se situará en el concepto de Ley como la norma superior, sin distinguirla, ni mucho menos contraponerla -como hacen hoy los autores defensores de la idea del Estado constitucional- con la idea de Estado de derecho. Republicanos como Maquiavelo o los *Levellers* ya citados, o ilustrados republicanos como Voltaire o Rousseau utilizan este concepto más amplio y unificador de Ley, aún sin rechazar el concepto específico de Constitución.

El protestantismo, y en concreto los calvinistas, construyen la teoría del *covenant*, del contrato social origen de la sociedad y del Estado. Las teorías del Derecho Natural racionalista protestante impulsarán el contractualismo, la filosofía de los límites del poder, los derechos naturales y la idea de tolerancia, contenidos materiales de las modernas constituciones. Con las revoluciones liberales esos valores se incorporarán al Derecho positivo, con el constitucionalismo en el Derecho público y con la codificación en el Derecho privado. Es el modelo de Constitución que forma y organiza la sociedad y que establece los principios y los procedimientos jurídicos. Es el modelo abstracto ilustrado y constitutivo del orden por su sistema de normas, que organiza y limita al poder, proclama los derechos materiales para que sean eficaces y organiza al resto del ordenamiento jurídico. Se convierte en el vértice del Derecho y expresa el fenómeno máximo de racionalización humana y mundanal. Thomas Paine expresará en su respuesta a Burke los perfiles de este modelo, que es el de la modernidad:

“Una constitución es algo que antecede a su gobierno, y un gobierno no es más que la criatura de una constitución. La constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye a su gobierno. Es el cuerpo de elementos al que cabe remitirse y citar artículo por artículo y que contiene los principios en los que se ha de establecer el gobierno, la forma en que se organizará éste, los poderes que tendrá, la forma de las elecciones, la democracia del parlamento o de cualquier otro nombre por el que se designe a un organismo de este género, los poderes de que dispondrá la fuente ejecutiva del gobierno, y, en fin, todo lo relacionado con la organización completa de un gobierno civil y los principios en que se basará y por los que se regirá.”⁴.

Este concepto racional e ilustrado de Constitución es el que ha perdurado y respecto del cual estamos reflexionando desde la Teoría de la Constitución.

Los sectores antimodernos, tradicionalistas y contrarrevolucionarios plantearán una alternativa de Constitución como un orden natural e histórico que condicione al Derecho que es sólo reflejo de ese orden previo. Estamos ante una deriva del Derecho

Natural ontológico, de un depósito histórico duradero, de un modelo con una estructura fundamental y estable de una sociedad que es conforme al orden natural. Burke, De Maistre, De Bonald representan dos perfiles diferentes, aunque se opongan al racionalismo abstracto del modelo revolucionario francés. Burke fundamenta una tesis conservadora para justificar la historicidad del “viejo y buen Derecho de los ingleses”. Expresa un constitucionalismo historicista, pero individualista y no incompatible a largo plazo con el constitucionalismo continental. De Maistre, y también De Bonald, representan el rechazo frontal del constitucionalismo ilustrado, desde la filosofía del orden que expresa una constitución natural en cada pueblo; es un orden tradicional del que el sistema político y jurídico es un simple reflejo. Para De Bonald ese orden se forma por tres dimensiones necesarias: la religión, la corona y la nobleza, y cuando existen es cuando se puede hablar de la sociedad constituida. En su *Teoría del poder político y religioso* se plasmará lo esencial de su pensamiento contrarrevolucionario, el de un aristócrata de la nobleza de toga que no acepta los valores de la Ilustración ni el pensamiento de

Rousseau o de Montesquieu, a los que reprocha la responsabilidad intelectual de la Revolución. En la introducción de la obra planteará claramente el concepto de constitución como orden previo:

*“En todos los tiempos el hombre ha querido erigirse en legislador de la sociedad religiosa y de la sociedad política y dar una constitución a la una y a la otra... lejos de poder constituir la sociedad, el hombre, por su intervención, no puede impedir que la sociedad de constituya, o para hablar con más exactitud, no puede sino retrasar el esfuerzo que ésta hace para llegar a una constitución material...”*⁵.

La dimensión individualista y la soberanía popular son rechazadas por De Bonald cuando afirma, con contundencia, que

*“...no pertenece al hombre constituir la sociedad, sino que es la sociedad la que debe constituir al hombre...” [y que] “...el hombre no ha sido jamás y no puede jamás ser soberano...”*⁶.

En el mismo sentido, De Maistre, en sus *Consideraciones sobre Francia* escribe que

*“...El hombre no crea nada. Ninguna constitución deriva de una deliberación, los derechos de los pueblos no están nunca escritos, o al menos los actos constitutivos o las leyes fundamentales escritas son sólo títulos declarativos de derechos anteriores de los que sólo se puede decir que existen porque existen... Nunca ha existido una nación libre que no tuviese en su constitución material gémnes de libertad tan antiguos como ella, y nunca nación alguna ha intentado eficazmente desarrollar en sus leyes fundamentales escritas otros derechos que los que existían en su constitución natural...”*⁷.

Cuando el franquismo plantea la idea de representación política desde las instituciones naturales –familia, municipio y sindicato– aparece claro que se trata de una variante de este planteamiento tradicionalista y antimoderno.

El concepto de Constitución que interesa (resultado del proceso de racionalización y de secularización que identifica progresivamente al mundo

moderno, donde el individualismo es el del hombre centro del mundo y centrado en el mundo, con el referente axiológico radical situado en la idea de dignidad humana) se plasmará en la Constitución Americana de 1787 y en la Francesa de 1791 y posteriores. Cuando en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1789 se afirma que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida carece de Constitución, se está dibujando igualmente esa idea de Constitución creativa desde principios abstractos. El texto de Sieyès en *Qu'est-ce que le tiers État?* debe ser interpretado de esa manera:

*“... Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes propias para que pueda cumplir las funciones a las que se le ha querido destinar. Es lo que se llama la constitución de ese cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Es así pues que todo gobierno debe tener una constitución...”*⁸.

Matteucci resumirá el modelo con todos sus perfiles:

*“... Lo original del constitucionalismo moderno consiste en su aspiración a una constitución escrita que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas... En ese sentido, el constitucionalismo no se sustrae a la ley fundamental que caracteriza el desarrollo de todo Estado moderno, que es un proceso de racionalización de todos los aspectos de la vida política y social...”*⁹.

Será la Constitución para Matteucci la fuente de legitimidad, que basa en dos elementos: el contenido de las normas y su fuente formal, por emanar de la voluntad soberana. Estamos ante el constitucionalismo normativista que añade a la idea de norma superior puesta, sostenida no por una ficción o una hipótesis, sino por el hecho fundante básico, es decir, por el poder efectivo que garantiza su eficacia, la idea de garantía, con el control de constitucionalidad, hoy generalizado, pero que arranca del constitucionalismo americano desde principios del siglo XIX, como es bien sabido (*Marbury versus Madison*).

El constitucionalismo moderno, en la dicotomía entre extremismo y moderación que propone Bobbio como

un rasgo de comprensión de la cultura política y jurídica moderna, se sitúa en el polo de la moderación, y tendrá como valor central la idea de libertad, acompañada por la de seguridad como criterio de identificación del ordenamiento que depende de la Constitución. El valor igualdad servirá para identificar al constitucionalismo como conservador o socialista democrático. No me refiero a la igualdad formal, que es un aspecto de la seguridad común a todo el constitucionalismo, sino a la igualdad material entendida como intervención de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos si éstos no pueden satisfacerlas por sí mismos. El constitucionalismo liberal se sitúa en la libertad pero es desigualitario; y el constitucionalismo social, como lo llama Fernando de los Ríos, es igualitario y defiende la libertad. En todo caso, el constitucionalismo se sitúa en el ámbito del moderantismo liberal o social. Los extremismos tienen siempre una veta antiilustrada que les impide conectar con el concepto de Constitución. Son las posiciones del extremismo antiigualitario y antiliberal de los leninismos. Como se ve, es el elemento

común liberal, en el sentido político, como afirmación de la libertad, el *mínimum* ético (de ética pública) que caracteriza al constitucionalismo.

Y esa idea de Constitución, la hoy viva en nuestra cultura política y jurídica, es la que encabeza como norma suprema el ordenamiento jurídico. Es quien define los principios, los valores, los derechos y los criterios de organización, de producción y de interpretación que deben regular el funcionamiento de todo sistema de Derecho. Así, contraponer Estado de derecho a Estado constitucional carece de sentido. Las funciones de la Constitución expresan de manera dinámica las dos dimensiones de la estructura constitucional: la parte orgánica, la función de seguridad; y la parte dogmática, la función de justicia. El Derecho es mandato, y estas dos funciones centrales de la Constitución expresan dos dimensiones de ese poder jurídico supremo. Con la función de seguridad el constituyente responde a las preguntas “¿Quién manda?” y “¿cómo se manda?”; y con la función de justicia a la de “¿qué se manda?”. Existirá una tercera función de las constituciones, la de legitimidad, que depende de que sean

adecuadas las respuestas que proporcionen las funciones de seguridad y justicia. Si a través de ellas la Constitución transmite la perspectiva de construir una sociedad bien ordenada, se justifica su capacidad para suscitar la adhesión mayoritaria y la aceptación de sus postulados. Se estará respondiendo a la pregunta “¿Por qué se manda?”. La última pregunta “¿Por qué se obedece?”, como justificación del consenso con la ética pública que está detrás de las funciones de la Constitución y de la obediencia que trae causa de ellas. En esta reflexión vamos a centrarnos en la dimensión más jurídica, aunque tiene tras de sí un fundamento de ética pública, la función de seguridad, porque ella integra muy sólidamente la Constitución y resto de ordenamiento jurídico y dificulta el excesivo protagonismo judicialista que prescinde de las leyes y establece una relación directa entre el juez y los principios, valores y derechos constitucionales.

LA FUNCIÓN DE SEGURIDAD

Esta función fue la primera en el tiempo y nació con el poder político moderno con el Estado, vinculada al monopolio

en el uso de la fuerza legítima y al objetivo de la búsqueda de la paz y la tranquilidad. En ese primer momento sirvió como razón de ser del Estado absoluto y de la acción represora del Derecho. Está en el origen del Derecho penal y procesal de la época, que criticarán en los siglos XVII y XVIII iusnaturalistas como Tomasio o ilustrados como Beccaria o Voltaire. Es una función claramente moderna, porque en el mundo medieval la seguridad se producía por razones religiosas y el hombre confiaba en el camino de salvación que administraba la Iglesia católica sin preocuparse demasiado de otras cosas. También el régimen gremial, donde las personas nacían, aprendían el oficio y luego lo desarrollaban como maestros, proporcionaba seguridad. De igual modo ocurría con los vínculos feudales que obligaban al señor a proteger al vasallo. Pero ese mundo se hundió con el tránsito a la modernidad por el impulso del conjunto del individualismo y de la secularización, y fue sustituido por un sistema donde la seguridad la proporcionaba el Derecho y la clase favorecida era la burguesía de las ciudades, comerciante, funcionaria y

artesana, que apoyaba a la monarquía naciente a cambio de protección.

Con la revolución liberal, en Inglaterra en el siglo VXII y en Francia y en las colonias inglesas de América del Norte en siglo XVIII, cambió el perfil de la seguridad por influencia de las nuevas ideas de libertad y de igualdad formal, y por la aparición de la idea de Constitución como norma suprema. La seguridad dejó de ser sólo orden y paz, muchas veces a cualquier precio, para ser una dimensión decisiva, también primera en el tiempo, en el constitucionalismo moderno. Abandonó sus ideales represores e impulsó garantías procesales y facilitó que las personas supieran a qué atenerse. Está en el origen de las doctrinas pactistas del contrato social. En el estado liberal democrático, a partir del siglo XIX, adquiere nuevos perfiles y complementa e influye y es influida por los valores de libertad, igualdad y fraternidad (hoy diríamos solidaridad). La seguridad se convierte en justicia formal con sede en la Constitución. Marca, como vemos, una de las funciones de ésta. Con esa transformación dejará de tener sentido la tesis de la contraposición entre justicia y

seguridad, que queda como propia de las situaciones preliberales y preconstitucionales. La primera será justicia material; y la segunda, la seguridad, justicia formal.

Cuando hablamos de la función de seguridad en las constituciones recogemos su dimensión de organización procedimental de la democracia, de reglas de juego que permiten a todos saber a qué atenerse. A los ciudadanos sus deberes y sus derechos y a los operadores jurídicos individuales o colegiados sus competencias y los límites de las mismas, y a todos las reglas de juego, los procedimientos a los que tienen que ajustarse. Son normas que producen certeza y tranquilidad. Así la función de seguridad comprende:

1. La organización de los poderes, sus funciones, sus competencias y los procedimientos para su funcionamiento y para la toma de decisiones. Entre las dimensiones fundamentales de este primer ámbito de la seguridad está la noción de separación de poderes que supone tanto la separación de las funciones como de los órganos que ejercen esas funciones. Como dice Guastini:

“Separar significa especialización cuando está referido a las funciones; significa recíproca independencia cuando se refiere a los órganos.”¹⁰.

La especialización significa exclusividad de competencia y prohibición a otros órganos de intervenir. Significa también independencia para ejercerla y ésta ya se atribuye al órgano, con lo cual hay una relación entre funciones y órganos. Complementariamente con esta perspectiva y compatible con lo anterior, la doctrina de los contrapesos “checks and balances”, supone la intercomunicación entre los poderes que se contraponen para neutralizar los excesos. También cabe la incompatibilidad entre separación de poderes y división del poder que produce en los regímenes presidencialistas que el presidente y el Ejecutivo no sean responsables ante el Parlamento y en los regímenes parlamentarios la situación contraria. El ejemplo principal del modelo de compatibilidad se produce en relación con la garantía de la Constitución donde en ambos puede existir y de hecho existe control de constitucionalidad.

2. Las reglas del juego del acceso al poder y del cambio en el poder. Son las de regulación de las elecciones periódicas por sufragio universal y de otras formas de participación, como el referéndum, la iniciativa legislativa popular o el derecho de petición. También se sitúan aquí las mociones de censura o de confianza en el régimen parlamentario o el juicio político entre las Cámaras, “impeachment” de los presidentes en los regímenes presidencialistas.

3. Las normas que juridifican y constitucionalizan la resistencia, incluyéndola en el sistema (frente a la ruptura como hecho revolucionario). Son los procedimientos de garantía en los procesos, son los sistemas de recursos, el derecho a la jurisdicción, etcétera.

4. Las normas que establecen criterios de tranquilidad ante posibles abusos, como la prohibición de la derogación singular de los reglamentos, la irretroactividad de las normas no favorables, el principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos o la

protección de los usuarios y consumidores ante los abusos de posición dominante de los fabricantes. Suponen la sustitución de la arbitrariedad por el sometimiento a la ley y la reacción frente a los excesos de la autoridad; y no sólo de la pública sino de los poderes privados.

5. Las normas de identificación de normas, que fijan las condiciones y los procedimientos para la reforma de la Constitución y la creación de otras normas, con los respectivos órganos competentes de producción normativa que subordina las normas inferiores o las superiores y establece la supremacía de la Constitución. Entre ellas debemos situar también las normas que circunscriben las materias y otros límites especiales o temporales sobre las que puede legislar un determinado tipo de normas, o las que sólo atribuyen a un tipo de normas la regulación de una materia (el decreto-ley en el primer caso o las leyes orgánicas en el segundo). Además, los criterios de delegación interna de normas o de prohibición de la delegación dentro del ordenamiento jurídico. También establece los criterios que delegan normas fuera del Derecho

estatal (costumbre). También se pueden situar en este último grupo los procedimientos para reconocer el valor de los tratados internacionales y para su incorporación al Derecho interno, así como el reconocimiento del Derecho internacional general.

Especialmente en este ámbito la función de seguridad excede de los contenidos de la Constitución y se encuentra también en otras normas que forman el llamado bloque de constitucionalidad. Esto se produce porque las reglas del juego que aquí aparecen necesitan precisiones que no se pueden abarcar desde la Constitución. Es el caso del procedimiento legislativo que necesita de los Reglamentos del Congreso y el Senado para su pleno desarrollo. Cuando una norma se crea de acuerdo con los criterios de las normas de identificación se dice que pertenece al ordenamiento y que es válida.

6. Las normas que regulan al máximo nivel el uso de la fuerza, órganos competentes, procedimiento para usarla, contenidos de fuerza utilizables y límites de la utilización de la fuerza (finalidad de las penas,

irretroactividad de las sanciones no favorables, competencia de los tribunales, principio de *non bis in ídem*, abolición de la pena de muerte, etcétera).

En su dimensión de justicia formal, la función de seguridad ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Es, por consiguiente, una dimensión esencial para la cohesión social y para la adhesión y el acuerdo de la ciudadanía con su sistema político y jurídico.

EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN

Hemos señalado que los dos modelos de Constitución, la liberal y la social, constituyen dos propuestas de legitimidad: la primera con el valor libertad como núcleo de su sistema de ética pública, de su función de justicia; la segunda con el complemento de la igualdad y de la solidaridad, es decir, de la libertad igual y solidaria. La legitimidad de este último sistema no limita que se extienda con la pretensión de ayudar a todos en su realización como personas dignas.

La Constitución como norma suprema se desarrolla desde el derecho legal y desde el derecho judicial y por eso es relevante señalar el papel de la ley y del juez en los dos tipos de Constitución. En el desarrollo de la libertad, objetivo exclusivo directo de las constituciones liberales, la ley y el juez comparten el desarrollo y el impulso de ese valor. Sigue siendo cierta la afirmación de Montesquieu, que trae causa de los estoicos y que retoman otros autores como Voltaire y toda la tradición liberal, de que la libertad depende de la ley:

“... la libertad consiste en hacer todo lo que las leyes permiten, porque si se pudiera hacer lo que prohíben, todos tendríamos ese poder, y ya no habría libertad...”¹¹.

Sin embargo, el juez interpreta y amplía, en su caso, sus dimensiones. Lo puede hacer en el caso concreto al dirimir un conflicto, dentro de su competencia tópica, y ampliar o reconocer la libertad en ese supuesto. No estamos, normalmente en una sentencia generalizable, pero si es en un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es un precedente con

efectos relevantes. Lo puede hacer con carácter general el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, reconociendo, por ejemplo, la extensión de un derecho a extranjeros. En ese caso la decisión tiene un valor general.

Se puede decir, en este caso de las constituciones liberales, que la ley y el juez contribuyen al desarrollo y garantía de los derechos reconocidos; y el juez constitucional, en el mismo nivel general que la ley, aunque los ámbitos de acción no sean idénticos. La ley actúa en el ámbito de posibilidades abiertas en la Constitución, normalmente en la zona de claridad. Dentro de las posibilidades jurídicas toma una decisión política al elegir uno de los modelos posibles. Si actúa en la zona de penumbra lingüística, o en la textura abierta de la norma, es muy probable, si alguien discute la constitucionalidad, que necesite el referendo, o en caso contrario, la desautorización del Tribunal Constitucional. De todas formas, en el marco de la racionalidad del Derecho es una decisión que se sitúa en el ámbito de la voluntad, legitimada democráticamente, y en lo posible, amparada en la racionalidad jurídica.

El juez constitucional no actúa en el marco de la voluntad política sino que la razón de su intervención afecta a la racionalidad jurídica y se enmarca en el ámbito de la interpretación constitucional. Como toda norma, tiene detrás una voluntad, pero en este caso su legitimidad es racional y sólo se puede justificar jurídicamente.

Cuando estamos ante las constituciones de los Estados sociales, que pretenden al tiempo la libertad y la igualdad en el ámbito de la libertad, la situación es la misma que en el tipo de Constitución liberal democrática. En relación con la igualdad para la satisfacción de necesidades, la primacía corresponde a la ley y el papel del juez es subordinado en el desarrollo constitucional. Con la autorización de la ley actual los reglamentos para la creación y el funcionamiento de los servicios encargados de la “procura existencial”, para la que es importante la acción del ejecutivo, que distribuye en los presupuestos los medios económicos. El papel del juez es y debe ser nulo en ése ámbito. Las razones son las siguientes:

1. El contexto de escasez que supone administrar medios limitados sobre los cuales hay que tomar decisiones generales.
2. La competencia exclusiva del Gobierno y del Parlamento en la elaboración y aprobación del presupuesto y en el destino de los fondos públicos.
3. La necesidad de tener una visión sistemática y general de los problemas y una estadística de los supuestos, de las cuantías y de los afectados por la satisfacción de las necesidades básicas.

El juez solo puede intervenir resolviendo el caso concreto pero no debe incorporar decisiones que puedan tener un efecto imitativo ni servir de precedente a modificaciones de la distribución general de fondos, lo que podría ser perjudicial para el conjunto de los beneficiados por los derechos sociales. Un ejemplo de estas sentencias aparentemente progresivas pero realmente creadoras de dificultades para el funcionamiento general del sistema, es la que se produjo por la Audiencia Nacional en España que reconocía una responsabilidad objetiva de la Administración Sanitaria con respecto a

un enfermo muerto mientras estaba en listas de espera. Las listas de espera son un ejemplo a corregir por el Gobierno y el Parlamento y son resultado de la escasez de medios. En ese sentido se puede decir que forman parte del sistema público de sanidad y que sólo dentro de la planificación general de la atribución de medios económicos en los presupuestos para atajarlas se puede progresar en su erradicación. La irrupción de una sentencia concreta, que produce una resolución, que distribuye con una indemnización parte de los fondos generales a un enfermo concreto fallecido, sin que haya sino una declaración de responsabilidad subjetiva, sin dolo, culpa o negligencia, supone interponer un criterio tópico en un problema que sólo se puede resolver con decisiones sistemáticas.

Sí es adecuada la acción del juez constitucional para controlar el desarrollo legislativo de los derechos sociales contenidos en la Constitución y la del juez contencioso administrativo para realizar la misma tarea en relación con los reglamentos y su conformidad con la Constitución y las leyes. Se puede decir que los jueces pueden controlar la racionalidad jurídica en toda

la escala jerárquica de las normas, pero que no pueden intervenir sino para resolver pretensiones concretas, en el funcionamiento, en la organización y en la financiación de los servicios y de las prestaciones.

Gregorio Peces-Barba Martínez es catedrático de Filosofía del Derecho y rector de la Universidad Carlos III de Madrid.

NOTAS

¹ Vid. Gomes Canotilho, que en la 5ª edición de su *Directo Constitucional* (Almedina, Coimbra, 2002) ha incorporado una *Teoría da Constituição*. Vid. Michel Troper (1994): *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Presses Universitaires de France. Hay edición castellana de María Venegas Grau (2001), con prólogo de Gregorio Peces-Barba: Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Asimismo, la *Teoría de la Constitución* de Gomes Canotilho va a ser publicada, con traducción del profesor Carlos Lema, en la colección de 'Cuadernos' del mismo Instituto Bartolomé de las Casas.

² Vid. Fernández Sebastián y Fuertes (2001): *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza Editorial (772 páginas). El mismo planteamiento tiene otro diccionario

igualmente relevante, vid. Duclert y Prochasson (2002): *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, págs 17 y sigs.

³ Vid. Javier Dorado (2001): *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁴ Vid. Thomas Paine: *Los derechos del Hombre*, Madrid, Alianza Editorial, edición castellana de Santos Fontella, pág. 69.

⁵ Vid. De Bonald, edición castellana de Colette Capitán y Julián Morales (1988): *Teoría del poder político y Religioso*, Madrid, Tecnos, pág. 3.

⁶ *Ob. cit.*, págs. 4 y 6.

⁷ Vid. De Maistre, edición de P. Manent (1988): *Considérations sur la France*, Editions Complexe, págs. 80 a 84. Edición castellana de Antonio Truyol (1990): *Consideraciones sobre Francia*, Madrid, Tecnos.

⁸ Vid. Sieyès (1784), en edición de 1970: *Qu'est-ce que le tiers État?*, Ginebra, Droz, pág. 179; hay edición castellana con introducción y notas de Marta Lorente y Lidia Vásquez Jiménez (1989): Madrid, Alianza.

⁹ Vid. Nicola Matteucci (1998): *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta-Universidad Carlos III de Madrid, con presentación de Bartolomé Clavero y traducción de Javier Ansuágueti y Manuel Martínez Neira, pág. 25.

¹⁰ Vid. sobre el concepto de Constitución Guastini, en edición de Miguel Carbonell (2001): *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara y Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 64.

¹¹ Vid. Montesquieu: *L'Esprit des Lois*, Paris, Ed. de Seuil, L'integrale, pág. 19.



Gregorio Peces-Barba Martínez, (1938-) Político español, nacido en Madrid. Estudió derecho en la Universidad Complutense de Madrid y se doctoró en las universidades de Madrid y Estrasburgo. Participó con Joaquín Ruiz-Giménez en la fundación de la revista Cuadernos para el Diálogo y en la creación del grupo cristiano Izquierda Democrática. Profesor de filosofía del derecho, participó como abogado defensor en numerosos procesos ante el Tribunal de Orden Público (TOP). En 1972 se incorporó al Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Diputado por Valladolid en 1977, fue uno de los redactores de la nueva Constitución. Reelegido en 1979 y 1982, fue elegido presidente del Congreso de Diputados el 18

de noviembre de 1982 al contar su partido con mayoría absoluta en la cámara tras las elecciones celebradas el 28 de octubre de ese año. Ostentó el cargo durante la legislatura 1982-86 y, luego, abandonó la política activa para regresar a la enseñanza universitaria, en la que llegó a ser rector de la Universidad Carlos III, en Getafe (Madrid).

CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO

1 Cada vez son más complejos y variados los fenómenos de relieve constitucional que se presentan a la consideración del jurista de nuestros días. Y cada vez son más difíciles de enmarcar en las clásicas coordenadas de espacio y tiempo. Se explica, pues, que haya podido declararse el final del monismo metodológico y se busque, consecuentemente, un tipo de interpretación alejado tanto del dogmatismo plano como del empirismo exasperante.

Se pretende de este modo explorar el amplio campo que oscila entre las posiciones propicias a la búsqueda de la única interpretación posible hasta las que caen en el más puro relativismo. Además, la política constitucional ha dejado de ser motivo de atención sólo en tiempos de crisis para convertirse en moneda corriente de la crónica diaria. De modo que la materia constitucional, difícilmente definible, queda sometida a complejos procesos de cambio que ponen a prueba las funciones de certeza y seguridad que son exigibles de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Todo lo cual termina repercutiendo en los procesos de interpretación y aplicación judicial del derecho constitucional.

Lamento enfriar los ánimos y las expectativas de otros tiempos si me inclino a pensar que la justicia constitucional no debe ser considerada como el paradigma último del saber

jurídico, ni como el punto alfa y omega de todo el ordenamiento. No pretendo con ello restar méritos al carácter innovador, a veces realmente brillante, de la jurisprudencia constitucional en materia de ordenación del sistema de fuentes o de distribución de competencias entre diversos entes públicos territoriales o de garantía de derechos y libertades. Pero tampoco es de recibo contribuir a la euforia judicialista de tanto jurista oblató que sólo entiende la naturaleza y el carácter de la Constitución reducido al enfoque meramente procesalista y forense de la misma. Esta estrecha visión de la materia pasa por alto que el consenso de ideas y creencias, valores e intereses, sobre el que se fundamenta toda sana constitución no funciona como un dato fijo e invariable. Más bien está obligada por su propio *modus operandi* a suponerlo, y en la medida de sus fuerzas también a mantenerlo.

Quizá no haya que olvidar, como se ha dicho con acierto, que a los juristas nos gusta pensar en los tribunales con cierto romanticismo e imaginarlos inmunes a cualquier influencia, aunque lo cierto es que no dejan de estar sometidos a limitaciones de tipo político (L. Lessig). Sería una banalidad insistir, a fecha de hoy, en la mutilación que supone la consideración de un derecho constitucional indiferente a su alto voltaje político. Pero quizá falte hacer una alto en el camino, sobre todo después de esta deslumbrante marcha

triunfal de la jurisdicción constitucional, que ha representado un capítulo

una competición de velocidad entre el Ejecutivo y la justicia, ésta llegaría casi siempre demasiado



brillante y denso de la teoría y práctica constitucional.

2 En fechas bien marcadas por una coyuntura especialmente crítica para Alemania, Carl Schmitt entendía “que la mera posición del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal al logro de la mayoría”. Sostenía, además, que este tipo de prima política, “constituida por tres ventajas de la interpretación arbitraria, la presunción de legalidad y la ejecutividad inmediata” era una situación anormal “completamente incalculable e imprevisible”. Y para socavar aún más las concepciones racionalistas y normativas del derecho, añadía que “en

tarde, aún cuando se pusiese en sus manos el eficaz instrumento de poder dictar disposiciones y decretos provisionales, en los casos políticos interesantes”.

Han transcurrido más de 70 años desde que se escribieran estas líneas y sin embargo me siguen pareciendo la descripción más lúcida, no exenta de un cierto aire de superioridad dialéctica, de cómo la mayoría deja repentinamente de ser un partido para convertirse en el Estado mismo, o de cómo la justicia no puede ser decisiva en la lucha política ante la carencia de lealtad de todos sus participantes.

Traigo a colación este pensamiento “schmittiano” con el que de un modo u otro ha tenido que

medirse el derecho constitucional del pasado siglo, entendiendo que puede resultar un buen antídoto frente a los que todavía se afanan inútilmente en no contaminar el derecho con la política. Tampoco se puede pasar por alto la pérdida progresiva de efectividad del marco estatal ha terminado por afectar las categorías del derecho constitucional. Se han hecho más difusas al abrirse a decisiones propias de instituciones internacionales. También se ha visto afectadas por la insidiosa presencia de nuevos poderes fácticos de carácter

una especie de “razón universal”, de naturaleza distinta y superior a las Constituciones políticas nacionales.

Entre nosotros la doctrina se afana por explicar estos fenómenos. Pero no sabría decir exactamente si lo hace con suficiente grado de acierto y solvencia. Desde luego, la ocasión y el momento son convencionalmente propicios para todo tipo de análisis y balances de aniversario. Pero dejando de lado los conocidos usos festivos, sí parece una tarea intelectual necesaria y sería la de buscar entre todos unos



económico o mediático que erosionan los perfiles constitucionales de las instituciones. En ocasiones el puro valor normativo de lo fáctico es quien pretende romper los consensos básicos, forzando los vigentes procedimientos de reforma.

Como si el estatuto epistemológico de nuestra disciplina no fuera ya lo suficientemente precario, se añaden nuevas dificultades. Solventes juristas advierten que hoy nos encontramos con una política cada vez menos dotada de finalidades constitucionales, y, por otra parte, con una Constitución siempre más emancipada de la política; o dicho en otros términos, una Constitución que preten de auto-representarse en forma de

criterios interpretativos que colaboren al mantenimiento y renovación del consenso constituyente. Dentro de la limitada y peculiar objetividad que cabe esperar dentro del derecho constitucional, no se puede dejar de aspirar a un mínimo entendimiento entre todos aquellos que operan, desde distintas perspectivas y funciones, con las normas constitucionales. Autores alemanes se han lamentado, con razón, de no poder recurrir a un derecho constitucional general –no escrito– del Estado democrático de derecho, debido también a la falta de la correspondiente continuidad y tradición, en comparación, por ejemplo, con los principios del derecho administrativo general (E-W Böcken-föede). Entre nosotros está resultando alarmante la

carencia de las convenciones constitucionales más elementales y los titulares de los órganos constitucionales deberían demostrar en este terreno menos invencibilidad (desvergüenza, *N.T.*) y más oficio. Debiera recordarse (G.U. Rescigno) que los comportamientos de los órganos supremos del Estado completan la estructura normativa necesariamente fragmentaria, que rige la actuación de los poderes públicos y son fruto de un acuerdo, consensualmente aceptado. En este campo, no creo que haya ningún tipo de dudas: el resultado ha sido claramente insuficiente.

3 Acaso el acento puesto, casi de modo obsesivo, en el carácter normativo de la Constitución, ha postergado el problema de sus fundamentos. Se olvida así que toda norma, y más si cabe la norma constitucional, es algo más que una proposición lingüística estampada en un papel, que no puede agotar su aplicación e interpretación o en el entendimiento de un texto (F. Müller). Se corre el riesgo, pues de sustancializar los conceptos jurídicos y los componentes verbales de la norma, infiltrándose en la práctica del derecho elementos irracionales de imposible comprobación.

Es habitual en la cultura jurídica francesa resaltar positivamente la proximidad del pensamiento “constitucionalista” con la filosofía, en cuanto supone una reflexión sobre la estructura fundamental de la sociedad política sobre las prerrogativas de la persona humana en el orden social (P. Pescatore). Y en este sentido el derecho constitucional actual se ha enriquecido, como no podía ser de otra manera, del importante trabajo que la mejor filosofía jurídica, política y moral de nuestros

días ha realizado sobre conceptos y categorías fundamentales del mismo. Resulta bastante evidente que el ámbito normativo constitucional comprende no sólo una suma de factores de la realidad, sino también unos presupuestos conceptuales y valorativos que no pueden desconocerse.

Pocas ramas del derecho se resisten tanto como la nuestra a ser tratadas solo *sub specie legis o iurisprudentiae*. Tampoco se trata a estas alturas de desconocer los imperativos del principio de la división del trabajo en el campo de las ciencias sociales. Sólo se pretende defender la importancia práctica que supondría el poder contar con una teoría constitucional adecuada. No quiero decir en absoluto que el derecho constitucional deba entenderse como un espacio propicio para vuelos, generalmente bajos, de cualquier doctrinario. Tampoco creo que deba ser considerado como un campo de batalla para juristas de cámara (hoy de partido político), expertos de presumible *auctoritas* a los que se intenta neutralizar recíprocamente o servicios jurídicos de las instituciones públicas, que, reglamentariamente, tratan de cumplir con sus funciones.

En estos últimos supuestos resulta inevitable que la polifonía mediática tronante amplifique el tono de las disputas, que por otra parte y al margen de su mayor o menor nivel, son necesarias en un régimen democrático de opinión pública. Incluso surge en los distintos medios de comunicación, dado el interés y alcance de los problemas constitucionales, una especie doctrina académica, es decir con la expresada a través de otro tipo de publicaciones, buscando, Poder Judicial, el significado y alcance del principio democrático, las

relaciones entre ordenamientos jurídicos o la cuestión de la ciudadanía, entre otros.

4 En el derecho constitucional han sido específicamente visibles los estragos reduccionistas que han producido las diversas versiones del positivismo normativista. Conviene no olvidar tampoco que la norma constitucional, por naturaleza, tiene un contenido material complejo que supone poder ser considerada al mismo tiempo límite y mandato; estructura y función. Todo ello, además, viene potenciado por su singular posición jerárquica en el sistema de fuentes del derecho.

Por otro lado, un derecho constitucional entendido como un mero instrumento coercitivo de poder corre el riesgo de situarse en lugares poco aconsejables de la contienda política. Más bien, se debería esperar de él que imponga, legal, social e institucionalmente los fines y valores propios del constitucionalismo. Ésta ha sido la vitola histórica del carácter troncal y propedéutico que lo distingue, al menos hasta hoy, en que debilitado el vínculo estatal del derecho en el marco de un cambio radical y acelerado, se quedan a la intemperie numerosísimos y legítimos intereses que no encuentran tutela en un contexto caótico donde sólo parece reinar la ley del más fuerte y la del beneficio.

La cuestión es, como escribía recientemente un ilustre civilista, que nosotros los juristas no estamos delante de este mundo sino dentro, y no podemos tratarlo y manipularlo con las categorías de ayer. Y reconocía que debilitada la creencia de los juristas en la racionalidad de los códigos y en la soberanía de los Estados, el método jurídico no puede dar ya forma a lo que

no tiene ni forma ni restituir la unidad allí donde sólo hay indefinida casualidad de fines (N. Itri). Pero esto no significa, claro está, que se deban tirar por la borda doscientos años de dogmática jurídica por muy nihilista, dúctil o posmoderno que uno se considere. Sólo exige por nuestra parte mayor atención a los resultados obtenidos por la actual filosofía hermenéutica, sensible a los temas del lenguaje y de los textos que transmiten al intérprete la idea de continuidad de las formas y categorías jurídicas. Tampoco cabe olvidarse, como expresión de nuestra función mediadora, de los aspectos relativos a la comunicación, que equivale a decir del consenso.

Los actos jurídicos de los principales actores de la Constitución tienen generalmente carácter vinculante. Pero ganarían peso sus decisiones si además tuvieran fuerza de convicción. Este último factor ha sido descuidado, con demasiada frecuencia, en la dinámica constitucional española. Se echan en falta esfuerzos conjuntos en la búsqueda de la decisión más justa a los casos planteados y orientaciones al bien común. La complejidad de los problemas planteados aumenta notoriamente y resulta obligado adoptar un enfoque cooperativo y solidario en la resolución de las demandas sociales, políticas y económicas. Los parámetros constitucionales experimentan también el natural desgaste del tiempo y necesitan nutrirse de su correspondiente dosis de legitimación a través del ejercicio democrático de todos los actores implicados y comprometidos de buena fe en el mantenimiento de esta meta-regla del juego político y del orden social. También los compromisos del momento constituyente se erosionan o se desplazan hacia las instituciones

europas, volviéndose difícil la exigencia de sus cumplimientos. En este sentido, un mínimo realismo político indica que serán los factores determinantes de la realidad política efectiva, entre los que cabe citar a una creciente atonía moral junto a una acomodaticia disponibilidad poco sensible al valor de la solidaridad, quienes terminarán por ajustar las cuentas a nuestro ordenamiento constitucional.

5 Cualquier estudioso del derecho constitucional que no ande demasiado perdido por extraños arrabales de nuestro objeto de estudio, o que en el extremo opuesto no se sienta sólo concernido por cuestiones reglamentarias de dudosa entidad constitucional, sabe muy bien que tiene que habérselas de un modo u otro con el concepto de Constitución, ese concepto indefinible pero siempre presente.

En el ámbito de nuestra cultura el acervo funcional que corresponde a la Constitución está ya suficientemente determinado: integrar, legitimar, limitar o controlar a la par que se establece el “orden jurídico fundamental de la comunidad” (K. Hesse). Sin embargo, quien entiende, frente a las concepciones comunitarias, que una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo para garantizar la igualdad de todos en los derechos fundamentales y las libertades públicas, está más interesado en señalar la crisis de garantía que afecta al papel de la Constitución en relación con nuevos y más peligrosos contrincantes escondidos entre los complicados vericuetos del derecho privado y el mundo de la economía. Recientemente, J. R. Capella ha llamado la atención, críticamente, sobre la asunción por las grandes instituciones privadas de un poder de confirmación

de la sociedad muy superior al que tienen algunas de las políticas e instituciones privadas de un poder de conformación de la sociedad muy superior al que tienen algunas de las políticas e instituciones públicas, denunciando la aparición de una *lex mercatoria* privada metaestatal que funciona de manera similar a la del antiguo derecho internacional, sin instancias legislativas y jurisdiccionales superiores a las partes y, por supuesto, como un derecho opaco y silente, creado en las grandes empresas por sus servicios jurídicos.

Es ya un hecho que los cambios materiales que vienen asociados al fenómeno de la globalización económica están afectando la capacidad de los Estados para estabilizar la vinculación social entre los individuos. Aparecen nuevas fuentes de poder y nuevos actores de la sociedad civil que median entre el Estado y el mercado. Se acentúa el papel del Estado como administrador que ejecuta políticas públicas foráneas. Aparecen también algunas disfunciones de lo que, en términos de Wahl, constituía el “triángulo mágico” del derecho constitucional de la posguerra: imperativo constitucional de realización del sistema de valores incorporado al orden constitucional, judicialización del control de esa realización a través de las jurisdicciones constitucionales y libertad de configuración del legislador en su cualidad de concretizador de esos valores normativos constitucionales. En cualquier caso, el citado esquema de trabajo ha dado ya excelentes resultados. Otra cuestión es que haya llegado el momento de dosificar, de modo diferente, el activismo de las jurisdicciones constitucionales con un mayor protagonismo de la función

legislativa en cuanto cauce natural del proceso político.

Algún reflejo debiera encontrar en los textos constitucionales, de la forma más clara y posible, la comprometida cuestión de la soberanía, dividida hoy entre numerosos organismos internacionales y limitada por su propia pluralidad. Aunque la cuestión es tan insidiosa que acaso no sea factible, conocido el proceso de elaboración del artículo 2º de la Constitución española vigente, ni tampoco muy inteligente volver sobre el camino andado. Como enseñó el napolitano T. Accetto en su barroca obra *De la disimulación honesta*, hay momentos en que no por falta de coraje o, peor aún, por cesión ante la intimidación, el deber máximo casi desesperado de la prudencia parece aconsejar el silencio. Puede incluso resultar práctico, sin ánimo del mas mínimo cinismo, hacer de la necesidad virtud, de la obediencia deserción interna, impaciencia en la paciencia o grito en el silencio. Actitudes éstas bien conocidas por el pensamiento español del barroco.

6 La dificultad de toda Constitución para ordenar normativamente sistemas sociales en permanente y acelerado cambio es bien patente. Se señala así el “déficit regulativo” de la norma fundamental, que pone en riesgo su singular posición central en el ordenamiento para convertirse en un derecho de “restos”. Aunque quizá sea conveniente recordar que por el momento la Constitución no conoce equivalentes en su función estabilizadora, también para las generaciones futuras, de un consenso fundamental históricamente alcanzado. Como enseña D. Grima, las constituciones exoneran al proceso político de una continua reiterada

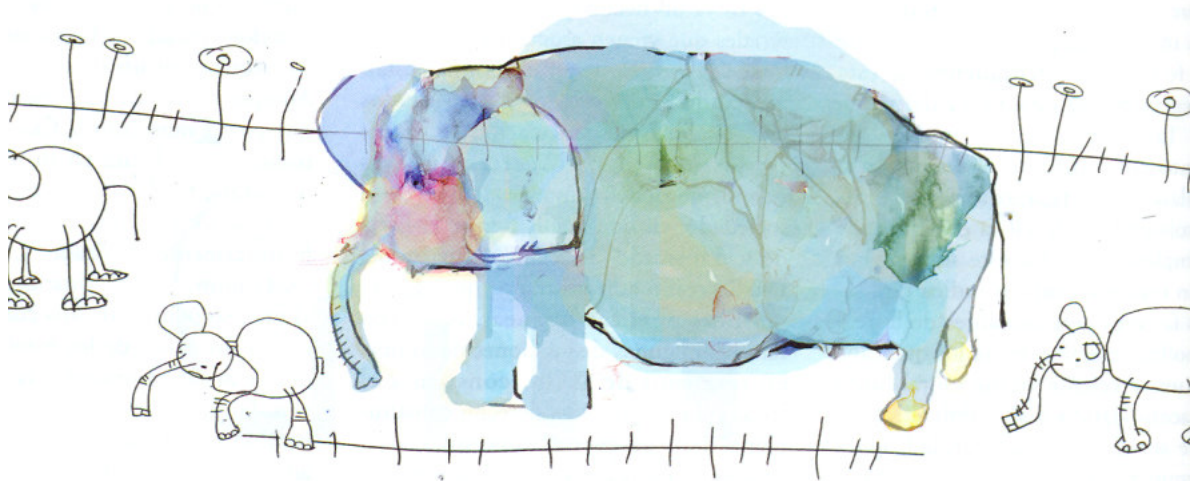
discusión de los fundamentos en que se apoya la unidad a la vez que sirven de cierto control a los procesos de cambio social, tareas que como es fácil advertir son de la máxima importancia. Se comprenden fácilmente los efectos perversos que pueden ocasionar las propuestas de política constitucional que podríamos calificar como *extra ordinem* en cuanto que desbordan inequívocamente el derecho vigente o se sirven de él para materialmente conculcarlo. De modo que sería conveniente estar de acuerdo en que “una sociedad está articulada y constitucionalizada cuando se confronta consigo misma en las adecuadas formas institucionales y en los procesos normativamente dirigidos de adaptación, resistencia y de autocorrección” (U. Preuss). En este punto la retórica de la ambigüedad y el disimulo pueden desembocar en un terreno donde ya puede decir poco el derecho constitucional, incluso en su versión más relativista, como mero compromiso de posibilidades.

Dentro de una tradición rica en episodios de escamoteamiento de los textos legales y simultáneamente de hipócrita acatamiento, las demandas de reforma constitucional producen una natural suspicacia. Pero ya comienzan a poder leerse monografías que argumentan sobre la exigencia de reforma en función de la normatividad y supremacía constitucionales (C. De Cabo). De manera que no se ve la necesidad de ir siempre a remolque de los acontecimientos o, lo que es peor, tener que esperar que se produzca una especie de catarsis colectiva para poner en marcha los mecanismos de garantía establecidos. La dificultad de su puesta en práctica no es argumento suficiente en contra. Y por otro lado, las bases

culturales y políticas del modelo de Estado constitucional en Europa representan una importante cláusula de salvaguardia.

7 Como era de esperar y tal como ha sucedido en otros ordenamientos análogos, también entre nosotros se han debido ajustar las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho ordinario. Sería absurda por imposible

crecimiento y densidad, amenaza con el peligro de una sobreconstitucionalidad que tan sólo es evitable a través de una intensificación de la dogmática de los “márgenes de acción” del legislador en relación con la ponderación de los derechos fundamentales. Gana, pues, el factor de libre configuración democrática del ordenamiento y se limita la carga de buscar una única y óptima solución constitucional.



la tarea de buscar límites precisos. La interpretación constitucional y la casacional no tienen los mismos límites de actuación, aunque la adopción de criterios claros en esta materia podría contribuir a reducir la inseguridad de los límites de actuación de ambos tribunales (E. Bacigalupo). Recientemente R. Alexy matiza posiciones anteriores diciendo que asumida por los ordenamientos modernos la máxima validez formal de la norma constitucional, ésta sólo es asumible a condición de que la densidad normativa material esté suficientemente delimitada y determinada. De este modo puede seguir siendo la Constitución un ordenamiento marco frente a un entendimiento expansivo de los derechos fundamentales que, por su

En este contexto es fácil ver que la fijación del ámbito de protección de un derecho fundamental es sobre todo un problema interpretativo. Surge así el protagonismo del principio de proporcionalidad, que contribuye a dar operatividad a otros principios interpretativos constitucionales como el de unidad y concordancia práctica. Además, contribuye **en** la aclaración de los límites semánticos entre enunciados constitucionales. Apoyado en los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ha demostrado su enorme potencial hermenéutico en los procesos de aplicación de las normas

constitucionales relativas a derechos fundamentales.

En este punto, y dada la relación que se establece necesariamente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, es fácil ver la amplitud de enfoque que experimenta el punto de vista constitucional en esta materia. Parece deseable aquí un correcto funcionamiento del necesario principio de subsidiariedad entre jurisdicciones, así como una generosa aplicación de su jurisprudencia en el orden interno de los Estados. Es patente que no puede funcionar como un Tribunal que fijara hechos, ni tampoco sustituir al legislador democrático, pero en todo caso su potencialidad para establecer normas mínimas comunes es de la mayor importancia. El papel “constitucional” de este alto Tribunal es comúnmente valorado por su capacidad para adoptar decisiones de principio que crean auténtica jurisprudencia.

8 Con motivo del proceso de elaboración de la denominada Constitución Europea, no ha habido constitucionalista activo en la profesión que no se haya sentido concernido de una u otra forma ante tan comprometedor y singular ocasión. Basta echar un vistazo a las publicaciones habituales para poder comprobarlo. No vale la pena repetir lo que ya se ha escrito acertadamente sobre las dificultades de este debate, entre otras, la de problematizar la idea de Constitución y de sus contenidos básicos, cuestionando la razón de ser de algunos postulados básicos en los que la Constitución aspira a reconocerse (P. Cruz Villalón).

No ha faltado tampoco autores que han contribuido, con claridad y rigor, al análisis de las diferencias entre

las figuras del Tratado Internacional y la Constitución, o de la existencia problemática de un *demós* como cuerpo político de Europa, o de las repercusiones que para nuestro Estado de las autonomías supone el proceso de integración europeo (L. M. Díez-Picazo). Al resultado de este oportuno y necesario empeño doctrinal, resulta obligado remitirse.

Es además de sobra conocido, como enseña la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que los Tratados institutivos de organizaciones internacionales pueden ser sistemáticamente interpretados con criterios propios del derecho constitucional. A fin de cuentas, quienes trabajan en el campo del derecho comunitario utilizan también las herramientas conceptuales propias del Estado de derecho, como no podía ser de otra forma, toda vez que es común la cultura jurídica matriz. Y un razonamiento análogo cabe hacer, por lo que respecta a las construcciones del federalismo o de la ciudadanía.

En un breve plazo de tiempo, el constitucionalista español ha tenido que adaptarse a una nueva situación desde el momento en que ha penetrado nuevos ordenamientos en un escenario que antes se componía básicamente del derecho estatal. El alcance de estas transformaciones, por insólitas, es difícil exagerarlo. Cualquier materia jurídica, objeto de estudio, tiene su correspondiente dimensión en el plano del derecho autonómico y del comunitario, que precisan ser integradas desde el obligado punto de referencia constitucional. El mayor o menor éxito de esta perspectiva jurídica tridimensional es ya otra cuestión.

9 A modo de cierre, no precisa ser recordado el desarrollo del derecho constitucional que se ha producido desde la entrada en vigor de la actual Constitución. Baste decir que por la novedad, la magnitud de la tarea y quizá también por la ausencia de autorizadas referencias metodológicas, aspecto éste último deficientemente explicado en el que no puedo detenerme ahora, surgió una legión de constitucionalistas que, carentes de un imposible “espíritu de escuela”, han procurado estar a la altura de las circunstancias. Mi implicación en el gremio impide una valoración objetiva del fenómeno, que puede incluso carecer de un interés más allá de lo puramente corporativo.

La apremiante demanda de nuevos hallazgos y enfoques en el tratamiento de amplísimos sectores del ordenamiento jurídico volvía superfluo detenerse en puras cuestiones metodológicas, salvo para cumplir por mandato reglamentario con los sabidos ritos de las pruebas de acceso al profesorado universitario. Era más importante, también más rentable desde casi todos los puntos de vista, ocupar los territorios jurídicos que iba colonizando una práctica política, que trabajar en la paciente elaboración de una doctrina crítica, rigurosa e independiente. Abierta la veda, y al amparo sobreentendido de que la materia constitucional es para quien la trabaja, cada uno quedó a merced de la propia posición y fortuna, además de, claro está, la consistencia de sus propios saberes. Las carreras que se produjeron para adquirir la condición de experto en alguna especialidad de nuestra disciplina fueron de vértigo. ■

BIBLIOGRAFÍA

ACCETO, T.: *Della dissimulazione honesta*. Einaudi, Turín, 1997.

ALEXY, R.: *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Rev. Española de Derecho Constitucional, núm. 66, 2002.

BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, traducción de R. de Agapito. Trotta, Madrid, 2000.

CRUZ, P.: *La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo*. Rev. Española de Derecho Europeo, 2002.

DE CABO, C.: *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Madrid, Trotta, 2003.

DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Cívitas, Madrid, 2002.

GRIMM, D.: *Die Zukunft der Verfassung*. Suhrkam, Frankfurt am Main, 1991.

IRTI, N.: *Nihilismo e metodo giurídico*. Riv. Trim di dir. e proa. Civ., 2002.

LESSIG, M.: *El Código y otras leyes del ciberespacio*, traducción de E. Alberola. Taurus, Madrid, 2001.

PESCATORE, P.: *La constitution, son contenu, son utilité*. Zeitschrift für Schweizerisches Rechts, 1992, I, 1.

RESCIGNO, G. U.: *Le convenzioni costituzionali*, Cedam Padua, 1972.

SCHMITT, C.: *Legalidad y Legitimidad*. Traducción de J. Díaz. Aguilar, Madrid, 1971.

Tomado de la Revista CLAVES DE RAZÓN PRÁCTICA, edición de Diciembre de 2003.

José Luis Cascajo Castro

- Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca Doctor en Derecho por la Universitá di Bologna.
- Consultor de la Corte Interamericana de Justicia y de la "Comisión Venecia" del Consejo de Europa.
- Ha trabajado especialmente los temas relativos a la tutela de los derechos humanos, con más de 65 publicaciones sobre la materia.



Congreso de la República

SEGUNDA SECRETARÍA
GUATEMALA, C.A.

