

# CONSTITUCION Y DERECHO CONSTITUCIONAL

(EVOLUCION Y CRISIS DE AMBOS CONCEPTOS)

**E**L concepto de constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones. Esta pluralidad, común a todos los conceptos fundamentales de las ciencias del espíritu, se encuentra acrecida en este caso por dos motivos: En primer término, porque si la mayoría de los conceptos jurídico-políticos son de un modo mediano o inmediato conceptos polémicos, éste, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su *ratio* no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Sin duda que el conocimiento llevado a cabo desde una perspectiva política, como partidario o como adversario, es capaz, en muchos casos, de una incisión más profunda en la realidad que la que proporciona un punto de vista «neutral», pero no es menos cierto que con tales supuestos es difícil lograr unidad en la formulación del concepto. Mas a estas razones de índole subjetiva se une otra de carácter objetivo, a saber: el hecho de que la constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada por el que

se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc., pues, en efecto, a la sola enunciación de la palabra constitución nos la imaginamos como una organización de los supremos poderes del Estado, es decir, como un trozo de la realidad estatal; nos la imaginamos, además, como un conjunto de normas jurídicas con un determinado contenido y, quizá, también con ciertas garantías formales, es decir, como parte integrante de un ordenamiento jurídico, y, en fin, la pensamos también como algo que en su estructura y funcionamiento está condicionado por ideales y valoraciones políticas y como una forma a través de la cual el poder político-social se convierte en poder estatal. Ahora bien: es claro que si trasladamos el problema al plano gnoseológico entonces la constitución se nos convierte en un campo de aplicación de esquemas interpretativos de carácter jurídico, sociológico, político, histórico, etc.

Todo esto explica que la palabra constitución vaya frecuentemente acompañada de un adjetivo, y se hable así de constitución jurídica o de constitución «real», de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución formal, de constitución empírica o de constitución ideal, de constitución en sentido amplio o en sentido restringido. Mas como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad lo sustantivo, el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la constitución como un todo.

Por consiguiente, se hace preciso ordenar los conceptos de constitución en unos cuantos tipos. Carl Schmitt distingue así entre concepto absoluto, relativo, positivo e ideal de constitución, tipología que, a pesar de sus referencias históricas se mueve dentro de

un campo absolutamente formal; en España, el profesor Sánchez Agesta (1) ha formulado también una tipología aplicando la conocida distinción del mismo C. Schmitt sobre los tres tipos de concepción jurídica (normativista, decisionista y de orden concreto). En la tipología que sigue intentamos presentar a cada concepto-tipo como una estructura coherente y dotada de problemática peculiar, que reposa sobre cada una de las grandes corrientes espirituales, políticas y sociales del siglo XIX, y en la que éstas aparecen como momentos integrantes de la unidad de cada concepto.

## I.—TIPOLOGÍA DE LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN

### 1. CONCEPTO RACIONAL NORMATIVO

Se concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del

---

(1) Sánchez Agesta, *Lecciones de Derecho Político*, Granada, 1947, págs. 344 y sigs.

Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles. En esencia, se trata de una aplicación concreta y sublimizada del concepto de ley con que opera el liberalismo, de la creencia en la posibilidad de una planificación de la vida política, de una racionalización del acaecer político. Esto representa, a su vez, la aplicación al campo jurídico-político del mundo de las formas intelectuales de la Ilustración, a saber: la creencia en la identidad sustancial de los diversos casos concretos y diversas situaciones, y, por consiguiente, en su posibilidad de reducción a un mismo módulo y en la capacidad de la razón humana para descubrir dicho módulo. De la misma manera que sólo la razón es capaz de poner orden en el caos de los fenómenos, así también sólo donde existe constitución en sentido normativo cabe hablar de orden y estabilidad políticas: *lorsqu'il n'y a pas de constitution... alors le gouvernement est une chose variable qui dépend des hommes, qui change avec eux* (Constant) (2). No se trata solamente de que la constitución sea expresión de un orden, de que, como dice Sieyès, *il ne peut pas exister sans elle*, sino también de que ella misma es la creadora de ese orden. Esto supone la aplicación al campo político de la virtud generadora que la filosofía de la Ilustración veía en la razón, cuya «más importante función creadora —expone Cassirer— radica en su fuerza de ligar y disolver. Disuelve todo lo que es meramente fáctico, todo lo que es creído por testimonios de la revelación, de la autoridad, de la tradición... Pero tras este trabajo de disolución se plantea el de reconstrucción. La

---

(2) B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruselas, 1837 (3.ª edición), pág. 55.

razón no puede quedarse en los *disjecta membra*; tiene que hacer surgir de ellos una nueva estructura, una verdadera totalidad»; así, pues, es ella misma quien crea esta totalidad «al convertir las partes en un todo según una regla determinada por sí misma» (3). Cuando esta idea de la razón se aplica al campo político, entonces todos los poderes e instituciones tradicionales —monarcas, parlamentos, cuerpos administrativos, magistrados— son disueltos en un complejo de normas; no representan en sí mismos instituciones, ni en su conjunto un orden concreto, para cuya existencia y relaciones se precisen determinadas normas, sino que deben su existencia y competencias precisamente a la constitución considerada como un complejo normativo: cualquier institución u órgano *n'est rien sans cette forme constitutive, il ne se commande que par elle* (Sieyes) (4); el mismo Rey, dice —por ejemplo— el art. 78 de la constitución belga (1831), *n'a d'autres pouvoirs que ceux qui lui attribuent formellement la constitution et les lois particulières portées en vertu de la constitution même*. Pero no sólo la competencia de los órganos o instituciones, sino la misma existencia de éstos radica en la constitución, pues, como expresaba Tocqueville: «¿de quién recibe el Rey sus poderes? De la constitución. ¿De quién los pares? De la constitución. ¿De quién los diputados? De la constitución... ¿En qué punto se han de colocar para cambiar la constitución? Una de dos: o son impotentes sus esfuerzos contra la Carta constitucional, que continúa estando depositada en sus manos y entonces continúan operando en su nom-

(3) E. Cassirer, *Die Philosophie der Aufklärung*, Tübingen, 1932, pág. 16. (Hay versión española, México, 1943.)

(4) Sieyes: *Qu'est-ce le tiers Etat* (1789), París, 1888, pág. 66.

bre, o ellos pueden cambiar la Carta. y en este caso la ley en virtud de la cual ellos existían (como funcionarios) no existe ya, y ellos mismos se nulifican. Al destruir la Carta se destruyen a sí mismos» (5). Por consiguiente, no cabe existencia jurídico-política fuera de la constitución normativa.

Esto nos lleva a otra característica del concepto racional de constitución, a saber: la despersonalización de la soberanía y la afirmación de la constitución como soberana. En efecto: si la soberanía es el poder de mandar sin excepción, y si todas las facultades de mando son tales en cuanto que son expresión y se mueven dentro del ámbito de la constitución, es claro que la constitución es soberana, puesto que todos los poderes de mando lo son en virtud de ella. Si la nota esencial de la soberanía es el poder de dar leyes y la constitución es la norma de las normas, el «punto de Arquímedes de la legalidad estatal» (W. Burckhardt), de manera que un precepto jurídico sólo es válido en cuanto derive de la constitución, entonces es claro que la soberanía está encarnada en la constitución. La expresión más radical de este pensamiento es Kelsen, para quien la soberanía «es una propiedad del orden jurídico que se suponga como válido, o sea como vigente»; esta propiedad consiste en que sea un orden supremo, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior, es decir, cuando es un orden que deriva de una misma norma fundamental, o sea de una misma constitución. Todo este normativismo puede estar más o menos neutralizado por ciertos elementos voluntaristas referidos a

---

(5) Tocqueville, *La Democracia en América*, trad. de C. R. Escobar, Madrid, 1911, pág. 589 (nota al cap. VI de la 1.ª parte).

un poder constituyente, mas en cualquier caso el concepto racional normativo supone una especie de deificación de la constitución, ya que por ellas los reyes reinan, los parlamentos legislan, los gobiernos gobiernan y las leyes rigen.

Hasta aquí, tal teoría de la constitución se mueve por dos especies de motivos: por una parte representa una especial concepción sobre la organización política, a saber: la creencia en la posibilidad de estructurar la vida toda del Estado con arreglo a unas normas pre-determinadas y predeterminadoras; en este sentido significa una culminación del proceso de racionalización y planificación de la vida estatal que había iniciado el absolutismo; su misma doctrina de la soberanía de la constitución y de la disolución de las instituciones en competencias; representa la expresión en el plano jurídico-político del proceso de objetivización que de manera cada vez más creciente iba ganando las diversas facetas del mundo cultural europeo: de la técnica, que de empírica, personal e imprecisa en el artesanado se convierte en científica, expresada en fórmulas matemáticas, y, por ende, se objetiva y despersonaliza; de la economía, en la que el mundo de los negocios tiende a separarse cada vez más de la vida privada del empresario, y en la que la cobertura de necesidades concretas cede ante el capital como magnitud abstracta; de la administración, en la que el personalismo feudal y estamental cede cada vez más ante el funcionario, es decir, ante una competencia objetiva, etc. Esta misma objetivación invade la vida central del Estado; como punto crucial cabe ver a Federico el Grande, para quien el Monarca era el primer funcionario del Estado, es decir, que el Estado aparece aquí como una instancia objetiva

de la que el Rey es un órgano. Por lo demás, la política de los «ministros ilustrados» muestra hasta qué punto se separaba en la práctica la persona del Príncipe de la personalidad del Estado como entidad objetiva. La literatura del iusnaturalismo, especialmente Vattel, había reflejado ampliamente esta situación. Ahora este proceso llega a su plenitud en cuanto la ecuación Estado = Constitución normativa elimina todo elemento personal, histórico y socialmente particularizado. Es, pues, pura entidad objetiva. Por consiguiente, el concepto racional de constitución representa algo perfectamente encuadrado dentro del proceso histórico de la racionalización, objetivación y despersonalización del Estado.

Pero, junto con este momento de organización, o más bien en correlación con el mismo, opera también un importante momento social y económico, en cuanto que afirmar la soberanía de la constitución y relativizar la vigencia de los preceptos jurídicos a las normas constitucionales significa la eliminación de poderes arbitrarios, así como la negación de toda autoridad más allá de la establecida por normas jurídicas precisas. Es el elemento fundamental para la afirmación del *Rechtsstaat*, que en sus orígenes es un concepto polémico, contra el *Obrigkeitsstaat*. Aquél es «un Estado colocado totalmente bajo el signo del Derecho, cuya suprema voluntad no es el *Rex*, sino la *Lex*, una comunidad en la que las relaciones de los individuos no sólo entre sí, sino ante todo con respecto al poder del Estado, están determinadas por reglas jurídicas, y no según *tel est nôtre plaisir* de las personas gobernantes» (Anschütz), le es, pues, inherente una jerarquización de las normas jurídicas debidas a fuentes distintas: Constitución (Asam-

blea constituyente), Ley (Parlamento), Decreto (Gobierno). Es decir, significa que la voluntad de una Asamblea constituyente y las de los Parlamentos son superiores a todas las demás, que sólo pueden moverse en los términos marcados por aquéllas; pero, ¿quién compone esta Asamblea y estos Parlamentos? La contestación a esta pregunta hace patente hasta qué punto el concepto racional de constitución es expresión de una situación social en la que la burguesía es, o pugna por ser, el estrato dirigente, carácter burgués cuya expresión cínica serían los doctrinarios al afirmar una «soberanía de la razón» y considerar a la burguesía como portadora de tal razón. Por lo demás, la eliminación de la arbitrariedad en la vida política y jurídica (valga el contrasentido), por debajo de su valor universal, va también radicalmente vinculada a una situación social y económica concreta, pues, es esencial a la economía capitalista el constituir un sistema económico racionalizado basado en el cálculo más preciso posible. Ahora bien: como expresa Max Weber, «para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas» (6); no es, por consiguiente, compatible con una situación de inseguridad jurídica, ya que sobre ella no puede fundarse ningún cálculo seguro, y, viceversa, tendrá tanta mayor seguridad cuantos menos resquicios se abran a la excepción, cuanto menos margen quede a la arbitrariedad, cuanto menor sea la imprecisión del régimen jurídico en cuyas formas se albergue la vida económica. Pero el supuesto funda-

---

(6) Max Weber, *Historia económica general*, trad. de S. Sarto, México, 1942, pág. 297.

mental de esta seguridad jurídica es la afirmación de la soberanía de la constitución. En consecuencia, el concepto racional de constitución no es —como quiere mostrar una fácil crítica sociológica— algo sin conexión con la realidad social, sino, por el contrario, algo perfectamente vinculado con una situación social concreta, que adquiere sentido dentro de esa realidad y que, por tanto, lo pierde cuando aquélla se transforma.

Todo esto muestra ya el sentido político de tal concepto de constitución y, por tanto, el error de considerarlo como una concepción «neutral» o «despolitizada». Pero la politización del concepto se manifiesta no sólo desde el punto de vista formal, sino también con referencia al contenido, pues no todo sistema normativo, no todo Código jurídico-político puede valer como constitución, sino que para ello precisa también que su contenido coincida con el de la razón. «El bienestar de las sociedades y la seguridad de los individuos —dice Constant (7)— reposan sobre ciertos principios. Estos principios son verdaderos bajo todas las latitudes. No pueden variar jamás cualesquiera que sean la extensión de un país, sus costumbres, sus creencias, sus usos. Es tan indiscutible en una aldea de ciento veinte chozas como en una nación de treinta millones, que nadie debe ser arbitrariamente castigado sin haber sido juzgado en virtud de leyes admitidas y según las fórmulas prescritas; impedido, en fin, de ejercer sus facultades físicas, morales, intelectuales o industriales de manera inocente y tranquila. *Une constitution est la garantie de ces principes. Par conséquent, tout ce qui tient á ces principes est constitutionnel, et, par conséquent aussi, rien*

---

(7) Constant, *Ob. cit.*, pág. 55.

*n'est constitutionnel de ce que n'y tient pas.*» Aquí el concepto racional de constitución manifiesta patentemente su carácter polémico; trata de ser monopolizado por una determinada tendencia; el momento jurídico-formal se transforma en el de contenido político concreto, de modo que sólo vale como constitución aquello que realiza el programa del Estado liberal-burgués, aquello que establece una limitación de la actividad del Estado y que de modo racional finalista provee los medios orgánicos adecuados para su realización. Así, pues, no es constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado, sino precisamente aquella que reúne estas dos condiciones: a), la garantía de los derechos individuales; b), la división de poderes, que sirve a la efectividad de aquéllos, pues *«toute société —dice la Declaración de Derechos del Hombre de 1789— dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de Constitution»*. Y la mayoría de los tratadistas estuvieron, en efecto, de acuerdo en considerar como constitución solamente a la que reuniera estas condiciones, pues aunque algunos admitieron un concepto «neutral» de constitución, y aunque los juristas alemanes establecieron la distinción entre «constitución» (*Verfassung*) y «constitución constitucional» (*Konstitutionelle Verfassung*), lo cierto es que sólo consideraron como constitucional aquel régimen que reunía los dos caracteres arriba indicados.

Característico del concepto racional de constitución es considerar únicamente como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; sólo él permite un

orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración. A estas razones podían unirse otras, tales como considerarla como renovación solemne del pacto social, o la necesidad de fijar algo por escrito al romper con la tradición y no haber así normas aplicables. Pero esto es, hasta cierto punto, accidental. Lo decisivo es que como emanación de la razón merece ser escrita a fin de tener una piedra de prueba para contrastar en todo momento la licitud de los actos del poder: «a fin de que esta Declaración —(de 1789)—, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y sus deberes, a fin de que los actos del poder legislativo y del ejecutivo, pudiendo ser en todo instante comparados con el objeto de toda institución política, sean más respetados, y a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos fundándose desde ahora en principios simples e indiscutibles tiendan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos.» En verdad que los países que han ordenado su vida política bajo esta idea de constitución no han podido evitar (sobre todo si su Código constitucional ha disfrutado de larga vida) el desarrollo de un Derecho constitucional consuetudinario o de creación judicial junto al Derecho escrito, pero, naturalmente, esto no contradice la estructura ideal del tipo.

Es claro que si los órganos e instituciones fundamentales del Estado existen por la constitución y derivan de ella sus poderes y competencias, no pueden ser, a su vez, creadores de esta constitución, ni ha de caber dentro de sus competencias la facultad de reformarla, pues, como hemos visto, ello sería anularse a sí

mismos. Por otra parte, dado que la finalidad capital de la constitución consiste en asegurar los derechos individuales, es evidente que una garantía esencial para ello la proporciona el hecho de que los poderes constituidos no puedan modificar por sí mismos el esquema constitucional. De aquí que al concepto racional de constitución le sea inherente la distinción entre poder constituyente y poder constituido (8), de forma que sólo al primero le corresponde decidir sobre la constitución como totalidad o sobre sus reformas parciales. De este modo el momento voluntarista penetra en el normativismo que domina al concepto racional. Pero es claro, además, que las normas constitucionales, en cuanto fundamento de todo el ordenamiento jurídico, en cuanto expresión de la razón y en cuanto contraste para mostrar la licitud de un precepto o de un acto jurídico, han de estar dotadas de mayores garantías de estabilidad que las leyes ordinarias. En realidad, la pura teoría racionalista habría de afirmar la inmutabilidad absoluta de la constitución, pero, por una parte, las exigencias democráticas, pues, como dijo Rousseau: *il est contre la nature du corps social de s'imposer des lois qu'il ne puisse révoquer* (9), o, como entendía Jefferson, *no society can make a perpetual constitution, pues, the earth belongs always to the living generation.* (10), y, por otra, el he-

(8) Confr. Pérez Serrano, *El poder constituyente*, Madrid, 1947, que subraya, con razón. (pág. 14), que el poder constituyente sólo tiene sentido cuando se trata de una constitución liberal, escrita y rígida.

(9) Rousseau, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, citado por Esmein, *Elements de Droit Constitutionnel*, Paris, 1927, tomo I, pág. 611.

(10) *The Living Thoughts of Thomas Jefferson presented by J. Dewey*, Londres, 1941, pág. 129.

cho patente e insoslayable de la mutabilidad de la vida histórica, condujeron, en su enfrentamiento dialéctico con el principio de la inmutabilidad de la razón, a la síntesis de la superlegalidad constitucional: ya que no es posible sustraer la constitución al cambio histórico, éste penetrará tan sólo por los cauces previstos por ella, es decir, por un método especial de reforma llevado a cabo por unos órganos también especiales. De este modo, además del poder constituyente originario existe un poder constituyente derivado o, como lo llama Agesta, un poder constituyente constituido; junto a los métodos ordinarios de legislación habrá uno especial y más dificultoso para la reforma de la constitución, y de esta manera se introduce otra distinción fundamental del concepto racional de constitución: la distinción no sólo material, sino también formal entre las normas constitucionales y las normas jurídicas ordinarias.

## 2. CONCEPTO HISTÓRICO TRADICIONAL

El concepto histórico tradicional surge en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional, o, dicho de un modo más preciso, como ideología del conservatismo frente al liberalismo. El revolucionario mira al futuro y cree en la posibilidad de conformarlo; el conservador mira al pasado y tiende a considerarlo como un orden inmutable. Cuando esta oposición política se traslada al plano teórico, se integra en otra antinomia ya comenzada a producirse en el seno del siglo XVIII, pero que se hace patente en el primer tercio del XIX: la oposición entre razón e historia, en-

tre racionalismo —o naturalismo— e historicismo. De este modo el *substratum* intelectual de este tipo de constitución será el historicismo. La nueva concepción está resumida en la frase de Schelegel: *die Welt ist kein System, sondern eine Geschichte*; al sistema —tan esencial y fundamental para la concepción racional de constitución— se contraponen, pues, la Historia; a la legalización generalizadora de la realidad, una «historificación fundamental de todos los pensamientos sobre el hombre, su cultura y sus valores» (Troeltsch). Ahora bien: la Historia excluye, por esencia, toda consideración generalizadora, pues es el reino de lo individual: sujetos de la Historia son totalidades individuales (pueblos, naciones, etc), a las que corresponden las notas de singularidad y originalidad; la Historia se compone de situaciones que fueron una vez, pero que ya no serán; el mundo histórico es, pues, algo que continuamente deviene, le es esencial la constante transformación, pero en el hecho mismo de esta transformación radica su continuidad, de modo que sólo podemos explicar el presente en función de un pasado, y, por consecuencia, del ser de ayer debemos extraer el deber ser de hoy y de mañana. Ciertamente que el historicismo no conduce necesariamente a una actitud conservadora o radicalmente conservadora (hasta el punto de ser incluido Marx en la corriente historicista, en virtud de lo que el historicismo tiene de constante devenir y de relativización de la cultura a situaciones históricas), pero para ello, junto a la afirmación del devenir, están, bien la de la permanencia de ciertos elementos originarios cuyo despliegue es la Historia, bien la de considerar una situación histórica dada como la superación

de la misma historicidad, como una especie de plenitud de los tiempos en la que se detiene el curso histórico.

Pero, en todo caso, el historicismo constituye el fundamento espiritual de la tesis de que la constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema. Por consiguiente, está claro que la constitución de un país no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa. En cuanto que cada pueblo es una individualidad, es claro que la ordenación constitucional ha de responder al espíritu o al carácter nacional, sin que sea posible su extensión a otros países o su recepción por ellos. Tales pensamientos son desarrollados de una manera más o menos enérgica y pura, según las circunstancias políticas y nacionales y los supuestos filosóficos y de concepción del mundo de cada autor. En estos aspectos pueden distinguirse dos grupos:

a) Los que consideran la constitución como una situación puramente histórica y la historia como un campo rebelde a la razón y planificación humanas, sea por motivos inmanentes a ella, sea por considerarla como ejecución de una providencia divina. Tal es —por ejemplo— la teoría mantenida por Burke, para quien la constitución es la «herencia vinculada que nos ha sido legada por nuestros antepasados y que debe ser transmitida a nuestra posteridad como una propiedad que pertenece esencialmente al pueblo de este reino sin refe-

rencia a ningún derecho más general o anterior» (11). La legitimidad de esta constitución radica totalmente en el pasado, pues «nuestra constitución es una constitución prescriptiva»; es una constitución «cuya única autoridad consiste en que ha existido desde tiempo inmemorial... la prescripción es el más sólido de todos los títulos, no sólo en materia de propiedad, sino también en lo que asegura a esa propiedad: el gobierno... El hecho de que una nación haya existido y florecido durante mucho tiempo bajo cualquier gobierno establecido es una presunción en favor de éste frente a todo proyecto no ensayado» (12).

b) Los que consideran que la razón es capaz de moldear la Historia en cierta medida, de planificar el futuro dentro de los datos de una situación histórica, o de llegar, en fin, a una armonía con ella. Si la tesis anterior es correlativa al puro conservatismo, ésta fué representada por un liberalismo templado y, en general, por una burguesía que teme por igual al absolutismo que a la república, pero que acaba pactando con los poderes sociales tradicionales, o, dicho de otra manera, integrándose en el Estado «histórico». Representación genuina son los doctrinarios (13). Precisamente es a esta tendencia a la que Croce llama «historicismo completo», considerando como tal la unidad entre el historicismo germánico y el «sentimiento de libertad y de humanidad», unidad que da lugar a la «concepción

---

(11) Burke, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, en «Textos políticos», trad. de V. Herrero, México, 1942, págs. 68-69.

(12) Burke, *Reform, of Representation in the House of Commons*, en «Works», t. IV, Oxford, s. a., págs. 145 y sigs.

(13) Sobre los doctrinarios, Díez del Corral, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, 1945.

histórico-liberal de la vida», y que tiene lugar en la Francia de la restauración y de la monarquía de julio (14). Egregio representante de este pensamiento es también Humboldt, para quien «la razón es capaz, indudablemente, de plasmar la materia existente, pero no de crearla», no permanece, pues, inerte y sin significación ante la realidad, sino que, por el contrario, «sólo puede triunfar aquello que surja de la lucha entre la poderosa y fortuita realidad y los dictados contrapuestos de la razón» (15); pero, en cualquier caso, la constitución representa originariamente algo vital, algo que «tiene que arrancar de un germen material de vida contenido en el tiempo, en las circunstancias, en el carácter nacional, germen que no necesita más que desarrollarse... Todas las constituciones existentes en la realidad han tenido, indiscutiblemente, un origen informe que rehuye todo análisis riguroso» (16).

En cambio, no cabe considerar dentro de esta tendencia a aquellos que conciben la constitución como la reconstrucción de una estructura histórica sin relación de continuidad con la presente, pues es claro que al faltar continuidad no se trata de la afirmación de una permanencia histórica, sino de la creación de un orden nuevo más o menos coincidente (en general, más bien menos que más) con el que ha existido hace siglos.

Partiendo de tales premisas, es claro que esta cons-

---

(14) B. Croce, *La historia como hazaña de la libertad*, trad. de E. Díez Canedo, México, 1942, págs. 85 y sigs.

(15) Humboldt, *Ideas sobre el régimen constitucional*, en «Escritos políticos», trad. de W. Roces. México, 1943, págs. 78 y sigs.

(16) Humboldt, *Memoria sobre la constitución alemana*, en *Colc. cit.*, pág. 180.

titución no sólo no necesita ser escrita en su totalidad, sino que la costumbre ha de tener en ella toda la dignidad que le corresponde en una teoría del Derecho sobre base historicista. De este modo, la oposición constitución racional-constitución históricotradicional se vincula con la de Derecho legal-Derecho consuetudinario, es decir, con uno de los actos del drama de la lucha del Derecho contra el Derecho, de lo que Hans Fehr ha llamado *die Tragik im Recht*. La constitución no es, en manera alguna, una creación de las normas jurídico-legales; por el contrario, «los actos constitutivos o las leyes fundamentales escritas no son jamás otra cosa que títulos declaratorios de derechos anteriores, de los que no se puede decir sino que existen», pues «hay siempre en cada constitución algo que no puede ser escrito»; incluso aquellos legisladores establecidos por la Providencia «no hacen más que reunir los elementos preexistentes en las costumbres y en el carácter de los pueblos» (De Maistre) (17). Así, pues, la ley no crea la constitución, es expresión de ella; pero no ya la única, ni siquiera la principal expresión, pues junto a ella actúa la costumbre, e incluso algo que en principio cae fuera de la normatividad escrita o consuetudinaria, a saber: una serie de convenciones o sobreentendidos que adaptan la antigua estructura a nuevas situaciones ideales y reales.

Dentro de su puro ámbito jurídico es también característica de este concepto de constitución el no reconocimiento de la distinción formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. En efecto, si la Historia

---

(17) De Maistre, *Considerations sur la France* (1796), cap. IV (página 84 de la edic. en la *Collection Classique du Milieu du Monde*, Ginebra, s. a.).

es un constante acacer de nuevos hechos singulares, de situaciones originales, de acontecimientos que fueron una vez, no tiene sentido dar mayor relevancia a regulaciones que surgieron dentro de una circunstancia dada. Ciertamente que todo esto no es más que una tendencia, pues como ya hemos indicado, en cuanto ideología conservadora, frecuentemente se inclina a ver en medio de la constante transformación histórica elementos esenciales y permanentes; pero busca la garantía de tal permanencia más en razones de índole ética o metafísica que en unos criterios formales esencialmente extraños a su estructura mental. Por consiguiente, le es desconocido el concepto formal de constitución; tal sucede, por ejemplo, en Gran Bretaña, donde el Parlamento puede establecer en cualquier momento una ley de materia constitucional por el mismo procedimiento que las leyes ordinarias, y tal sucedía en Hungría, otro ejemplo característico de una constitución sobrebase historicista.

Finalmente, dentro de la concepción histórica no cabe, en principio, una despersonalización de la soberanía. Esta reside en una persona o en unos órganos concretos, y como resultado del desarrollo histórico o como principio inmanente al mismo. Tal poder puede personificarse en el Rey; así, por ejemplo, J. F. Stahl afirmaba que la unidad del Estado, la constitución, no es posible sin la existencia de «una autoridad dada superior y real», sin una «superioridad que existe antes que el pueblo y que está por encima del pueblo, y en la que éste es, políticamente, uno» (18). En el Dere-

---

(18) Cit. por Heller, *Las ideas políticas contemporáneas*, trad. de M. Pedroso, Barcelona, 1930, pág. 41.

cho político inglés también se considera como soberana a una institución concreta: el Parlamento, ya que desde el punto de vista jurídicoformal no existe límite alguno en el ejercicio y amplitud de su poder; «los poderes —dice Jennings— son de hecho ejercidos por el Rey, por el Parlamento, por las autoridades administrativas y por los tribunales. Pero no hay ninguna ley fundamental. La única ley fundamental es que el Parlamento es supremo. El resto de las leyes provienen de la legislación o de aquellas partes del Derecho de creación judicial que no han sido abolidas por la legislación. Sin embargo, estrictamente hablando, no existe Derecho constitucional en Gran Bretaña; sólo existe el poder arbitrario del Parlamento» (19).

### 3. CONCEPTO SOCIOLÓGICO

El concepto sociológico de constitución es la proyección del sociologismo en el campo constitucional. Entendemos por tal una concepción científica y una actitud mental que de manera más o menos intensa y extensa relativiza la Política, el Derecho y la Cultura a situaciones sociales. En lo que se refiere a nuestro problema, hay coincidencias inevitables entre los conceptos histórico y sociológico de constitución; pues, por una parte, es difícil, si no distinguir la Sociología de la Historia, sí distinguir la realidad social de la realidad histórica, ya que aquélla tiene lugar en el marco de ésta y en un tránsito de lo precedente a lo futuro;

---

(19) W. I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Londres, 1945, pág. 64.

en segundo lugar, lo que interesa a un concepto histórico de constitución son siempre determinadas estructuras de poderes sociales concretos o de conciencias colectivas insertas en ellos. Por consiguiente, se hace necesario fijar de una manera precisa qué entendemos por concepto sociológico en su doble oposición al racional y al histórico. Entendemos por tal aquel que se basa en las siguientes afirmaciones: a), la constitución es primordialmente una forma de ser, y no de deber ser; b), la constitución no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente social, que para una gran parte del pensamiento del siglo XIX —y no solamente para Marx— se identifican con situaciones y relaciones económicas (20); c), la constitución no se sustenta en una

---

(20) Nos referimos aquí a la Sociedad en tanto que contrapuesta al Estado. Y en este sentido y para sólo citar algunos nombres según Hegel el *substratum* de la Sociedad está formado por el sistema de satisfacción de necesidades, en el que la prosecución por parte de cada cual de su propio interés conduce al mantenimiento y satisfacción de las de los demás; en tal sistema el individuo está colocado en distinta posición, según sus bienes y su capacidad de trabajo, y, por consiguiente, la sociedad está dominada por las desigualdades económicas. (Confr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, párrs. 182-208.) L. Von Stein define a la Sociedad como «la unidad orgánica de la vida humana, tal como está condicionada por la distribución de riqueza, regulada por el organismo del trabajo etcétera». (*Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, etc., Munich, 1923, t. I, pág. 29.) Rodbertus concibe a la Sociedad moderna, es decir, a la correlativa al Estado representativo, como dominada por el individualismo, que al disolver todos los procesos sociales en una serie de átomos particulares impulsados por el motor de su propio interés traslada el centro de gravedad de la comunidad a la esfera de la economía, y de este modo la estructura social es función de las diferenciaciones de renta y se expresa en relaciones de clase. (Confr. Von Bradke, *Die Gesellschaftslehre von K. Rodbertus-Jagetow*, en *Archiv für Sozialwissenschaft*, etcétera, t. L, I.) No parece necesario recordar aquí al santsimonismo. En

norma transcendente, sino que la sociedad tiene su propia «legalidad», rebelde a la pura normatividad e imposible de ser domada por ella; el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura de las que emerge o a la que debe adaptarse el deber ser; d), en fin, si en lo que respecta al Derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la histórica sobre el de legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre el de vigencia.

Tal concepto sociológico se encuentra, por ejemplo, en Sismondi, cuando define a la constitución como «la manera de existir de una sociedad, de un pueblo, o de una nación»; así, pues, «no podría haber ningún Estado sin constitución, sin algún modo de existir» (21); por consiguiente, nada ha de ser más variable que la teoría de las constituciones, ya que el legislador «debe obrar únicamente sobre el cuerpo político existente», y «nada indica un espíritu más superficial y más falso, al mismo tiempo, que la empresa de trasplantar la constitución de un país a otro, o de dar una nueva constitución a un pueblo, no según su genio o su propia historia, sino según algunas reglas generales» (22). Para Sismondi, el problema constitucional

---

esta dirección está también Spencer, aunque su posición pueda ser más discutible. (Confr. H. E. Barnes, *Some typical contributions of English Sociology to Political Theory*, en *The American Journal of Sociology*, vol. XXVII, núm. 3, 1921.) Después ha sido nitidamente mantenida por Oppenheimer (que, además de en su *Sistema*, trata del asunto de manera resumida en varios lugares, por ejemplo, en *Grundlegung einer einheitlichsoziologischen Auffassung von Staat und Gesellschaft*, en *Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts*, t. VII, páginas 128 y sigs.), etc., etc.

(21) Sismondi, *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, trad. de Serrano y Picón, Madrid, 1843, pág. 13.

(22) Sismondi, *Ob. cit.*, pág. 35.

radica en un equilibrio entre lo que es y debe ser, de manera que «una constitución, cuando es racional y conforme a los verdaderos descubrimientos de la ciencia social, debe garantizar lo que existe, pero al mismo tiempo debe preparar los medios de reformarse hasta llegar a ser lo que debe» (23). Un concepto sociológico conservador de constitución está también representado por Balmes, quien dice, por ejemplo, refiriéndose a la organización del Senado: «es necesario que los elementos del Alto Cuerpo colegislador sean de suyo poderes sociales antes de serlo legales» (24), y concede a la aristocracia histórica el último lugar entre estos poderes, por entender que en la sociedad española de la época representa muy poco, y, en cambio, da gran preeminencia a la riqueza, por estimar que las «las riquezas proporcionan medios para satisfacer las necesidades propias y socorrer las ajenas; lo primero asegura la independencia; lo segundo, forma clientela» (25).

Es claro que el concepto preciso de constitución que mantengan los partidarios de esta tendencia será función de la diversa intuición que se tenga de lo social; de manera que en este punto son condicionantes las diversas concepciones sociológicas, con toda la gama de sus diferenciaciones y contraposiciones. Pero aquí no nos interesan tanto las formulaciones científicas precisas como las concepciones ideales; y en este sentido, las direcciones de esta tesis van desde la consideración de la constitución como la simple sistematización jurídica de los poderes fácticos hasta la de concebirla como resul-

---

(23) Sismondi, *Ob. cit.*, pág. 28.

(24) Cit. por La Orden, *Jaime Balmes, político*, Barcelona, 1942, página 130.

(25) La Orden, *Ob. cit.*, pág. 127.

tado de todo un conjunto de circunstancias ambientales de diverso orden. La primera tesis está crudamente representada por Lassalle, para quien «la constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen a un país...», se cogen estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en Derecho» (26). Como ejemplo de la segunda puede servir la definición —a mitad de camino entre Montesquieu y el positivismo— dada por De Maistre: «¿Qué es una constitución? ¿No es cierto que no es otra cosa que la solución del problema siguiente?: Dadas la población, las riquezas, las buenas y las malas cualidades de una determinada nación, encontrar las leyes que le convienen (27).

En todo caso, es característica del concepto sociológico de constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se puede dar una normatividad jurídicoconstitucional en desacuerdo con la estructura real, esta tendencia lleva implícita la escisión del concepto de constitución en dos partes. al distinguir entre una constitución real o sociológica y una constitución jurídicopolítica, la cual será tanto más

---

(26) Lassalle, *¿Qué es una constitución?*, trad. de W. Roces, Madrid, 1931, págs. 65-66. La simplicidad y crudeza de esta formulación se explica en cuanto que fué pronunciada en una conferencia política y no en una obra de carácter científico.

(27) De Maistre, *Ob. cit.*, cap. IX, pág. 90.

vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir con la primera.

Esta concepción surge como concepto polémico mantenido por conservadores y socialistas contra el Estado liberal, atacando lo que constituía la clave jurídicopolítica de su sistema, es decir, la teoría racional de la constitución, y buscando en tal doctrina una base ideológica de sustentación a sus pretensiones políticas. Los conservadores, porque al sostener que la constitución jurídiconormativa y la distribución de poderes que ella comporta ha de coincidir con la constitución real daban mayor seguridad, precisión y garantía a una situación fáctica que les era favorable, en virtud del valor y de la fuerza que posee el Derecho para estabilizar y asegurar una situación de poder social: se legitimaba jurídicamente una situación fáctica, con lo que a la sumisión a ésta se añadía el respeto a la primera ley del Estado; las situaciones del poder social, siempre cambiantes, quedaban estabilizadas en sus líneas generales, y, además, de los poderes y formas de presión social existentes se hacía intervenir a los poderes jurídicoestatales para hacerla efectiva, es decir, la presión transformaba en coacción (en la medida que el Derecho constitucional pueda ser coactivo). Pero es también un concepto típicamente socialista en cuanto que, en su virtud: a), frente a la igualdad y libertad, afirmadas formalmente por las constituciones liberales burguesas, puede oponerse una realidad social de índole diferente y antagónica, y «desenmascarar» con ello el carácter «ideológico» y «de clase» del constitucionalismo liberal-burgués; y b), en cuanto que, como consecuencia, se patentiza la necesidad de actuar sobre la estructura económicosocial, transformándola en un cierto sentido

a fin de poder realizar un determinado mundo de valores políticos.

Las formulaciones más precisas y acabadas de tal concepto de constitución se encuentran en un tratadista de tendencia conservadora y en uno francamente socialista. Es el primero, el eminente sociólogo, jurista e historiador Lorenzo von Stein, que, reconociendo los antagonismos de la sociedad moderna, trata de superarlos mediante una «Monarquía social», de modo parecido a como Hegel disolvía los antagonismos que presiden la Historia en la Monarquía prusiana, y que también, al igual que Hegel, ha sido fundamento y cantera de argumentaciones para el socialismo moderno, y especialmente para el marxismo (una astucia más de la Historia). Según Stein, el Estado es aquella organización donde la pluralidad de las voluntades individuales se convierte en personalidad unitaria; es portador del interés general y está dominado por la idea de la libertad y de la igualdad. En cambio, la Sociedad es la unidad orgánica de la vida humana, tal como está condicionada por la distribución de la riqueza (posesión); se despliega en grupos particularizados con intereses antagónicos, y está caracterizada por relaciones de desigualdad y de servidumbre, pues de la dominación sobre las cosas se deriva la dominación sobre las personas; en resumen, la sociedad es sociedad de castas, de estamentos o de clases. La constitución es «la forma en la que la pluralidad de la voluntad del pueblo se configura en voluntad unitaria del Estado (28). o, dicho de otro modo, «el organismo de par-

(28) Lorenz Von Stein, *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von, 1789 bis auf unsere Tage* (t. I, «Der Begriff der Gesellschaft», etc.), Munich, 1921, pág. 52.

tipificación de los individuos en la totalidad del organismo interno del Estado, especialmente en la formación y determinación de la voluntad de la personalidad estatal» (29).

Ahora bien, según Stein, el Estado, al igual que la personalidad que en sí contiene, «es un puro concepto; por ende, su existencia es una abstracción» (30); no se expresa por sí mismo, no produce su propia existencia, sino que ha de actuar y buscar sus órganos en los individuos. Pero aquí ya no operamos en el reino de las abstracciones y de la idealidad, sino en el de los individuos reales y concretos, enmarcados en los particularismos y antagonismos sociales, y de este modo penetran en el Estado y en su constitución las oposiciones, las esperanzas y los antagonismos que yacen en la estructura social, de manera que en el Estado «real» jamás aparece pura la «idea» del Estado, sino siempre mezclada con elementos sociales. Con ello es claro que la clase dominante de la sociedad ha de aspirar «a adueñarse del poder del Estado para utilizarlo en su propio interés» (31). Mas de este modo quedan claras dos cosas: a), que la Sociedad, y no el Estado, es la verdadera fuente de toda libertad y servidumbre, y que, por consiguiente, las afirmaciones de la constitución pueden tener solamente un valor muy relativo; b), que la clase dominante «organiza y asegura su dominación sobre el Estado mediante la constitución y la administración» (32); todo esto se ve especialmente claro en las constituciones de tipo censitario, hasta el punto de

(29) Von Stein, *Ob. cit.*, pág. 37.

(30) Von Stein, *Ob. cit.*, pág. 50.

(31) Von Stein, *Ob. cit.*, pág. 51.

(32) Von Stein, *Ob. cit.*, pág. 52.

«que «la diversidad de posesión forma el verdadero contenido de la diversidad de las constituciones» (33).

Mas sucede que, dado el proceso dinámico que caracteriza a lo social, es ley de desarrollo histórico que se produzcan situaciones en las que no existe coincidencia entre la estructura constitucional, administrativa y jurídica y la estructura social, pues «toda revolución es el comienzo no sólo de un nuevo orden social, sino también de un nuevo antagonismo» (34). De esta manera, y en virtud de que la dominación sobre las cosas da lugar a la dominación sobre las personas, la misma sociedad produce unas normas jurídicas al margen de las estatales, cuando la redistribución de riqueza no tiene su correspondencia en el derecho formal; en este caso, al derecho y a la constitución válidos se contraponen un derecho y una constitución reales, dándose así un antagonismo en el que no hay más salida que la reforma o la revolución. Es, pues, engañoso suponer que las constituciones, incluso las modernas constituciones revolucionarias, han sido originadas por teorías filosóficas, sino que, por el contrario, lo cierto es que son producidas de modo inmanente por la sociedad misma: «el auténtico motor de la revolución no es la idea de igualdad, sino la desigual distribución del bien social, y no son las verdades filosóficas, sino las clases sociales las que hacen la revolución» y conforman la constitución (35).

Más popularizada está la concepción de Lassalle, en quien se reúnen, en una fuerte personalidad, un jurista destacado y un agitador y organizador socialista.

(33) Von Stein, *Ob. cit.*, pág. 53.

(34) Von Stein, *Ob. cit.*, pág. 101.

(35) Von Stein, *Ob. cit.*, pág. 101.

Según Lassalle, «los problemas constitucionales no son primariamente problemas de Derecho, sino de poder; la verdadera constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en este país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social» (36); sólo entonces podrán ser auténticas leyes fundamentales —es decir, informadoras y organizadoras de las demás leyes—, pues Lassalle entiende por fundamental «aquello que es expresión de algo real, necesario, que no pueda ser de otra manera»; este algo son, precisamente, los factores reales de poder, y de aquí su definición de la constitución como «la suma de los factores reales de poder que rigen a un país» (37). Tales factores eran, para la Prusia de su época, la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía y la clase obrera. Así, pues, desaparece casi completamente el lado normativo de la constitución en cuanto que no se establece diferencia alguna entre la estructura del ser y la del deber ser. Sólo es vigente aquel deber ser que, efectivamente, *es*; lo demás no *es*, no tiene otra realidad que la de «una hoja de papel». Pero todo esto no quiere decir que sea preciso aceptar y someterse incondicionalmente a una estructura dada de poder. El hombre es capaz de transformar la infraestructura, sobre la que se superpone una constitución normativa, hasta hacer que coincida con ésta: es un problema de destrucción y de reorganización. Según Lassalle, hay dos especies de poderes: a), el po-

---

(36) Lassalle, *Ob. cit.*, pág. 90.

(37) Lassalle, *Ob. cit.*, pág. 65.

der organizado, que se caracteriza por su mayor eficacia en virtud de su precisión, disciplina y posibilidad de aplicación en el instante requerido; todo lo cual potencia la fuerza de que cuantitativamente se compone; b), el poder no organizado, cuyo grado de acometividad no es fácil de precisar, ni con el que se está seguro de contar en un momento determinado; es, por consiguiente, un poder impreciso e inseguro, lo que le hace débil y poco eficaz desde el punto de vista cualitativo, aunque sea cuantitativamente extenso. Sujetos de primer poder son, ante todo, el Ejército y la Burocracia en manos del monarca y de la nobleza; sujetos del segundo, la nación o ciertos grupos sociales. Sucede, no obstante, que en determinado momento el poder desorganizado y cuantitativamente extenso se impone al poder organizado y cualitativamente más fuerte. Pero, dada la imprecisión del poder no organizado, tal predominio sería solamente pasajero, como lo sería la vigencia de la constitución que estableciese en ese momento. Sin embargo, el poder triunfante puede estabilizarse y con él la constitución promulgada, si aprovecha el momento de su preponderancia para destruir la organización de los otros poderes en beneficio de las fuerzas sociales ahora imperantes y procede a organizar a éstas o a insertarlas en la estructura de los antiguos poderes. De este modo se crearía una realidad fáctica sobre la que asegurar la vigencia normativa.

No parece necesario advertir que en el concepto de constitución que estamos exponiendo no cabe hablar de la soberanía abstracta y despersonalizada de la constitución, sino de poderes concretos. Cuando con arreglo a su esquema se establece una constitución positiva, la motivación social le lleva al reconocimiento de los gru-

pos sociales en el seno de tal constitución, así como a registrar en ella las diferencias económico-sociales entre los ciudadanos. Es decir, a juridificar ora situaciones estamentales, ora situaciones de clase. En el primer aspecto puede señalarse la llamada representación orgánica, que desde el punto de vista jurídico positivo se expresaba especialmente en la composición de las Cámaras Altas (miembros de la Casa reinante, Nobleza, alto clero, jerarquías superiores de la Administración, etcétera), en este sentido quizá el más amplio intento de encerrar los poderes sociales en el esquema jurídico constitucional, sea la organización del Senado en la constitución española de 1876, tan complicada «como todo lo que quiere encerrar en el presente el pasado histórico, como todo lo que se cuida más de la vida que de la lógica, y que, en consecuencia, no puede ser simple, porque la vida no es lógica» (38). En el segundo aspecto cabe señalar la concesión de derechos políticos —especialmente electorales— solamente a determinados estratos de la población, tal como sucede con el sufragio censitario que elimina de la participación en la formación de la voluntad estatal a aquellas masas de población que no alcancen determinado nivel económico, o bien, al revés, como en las constituciones soviéticas de 1918 y 1925, limitando el derecho de sufragio a los obreros, campesinos y soldados (pero no así en la constitución de 1936 actualmente vigente).

---

(38) Benois, *Cánovas del Castillo*, París, 1930, pág. 335.

## II.—EL DERECHO CONSTITUCIONAL CLÁSICO Y SU CRISIS

### I. EL POSITIVISMO JURÍDICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

A) De los tres conceptos típicos de constitución que acabamos de exponer sólo el racional normativo ha tenido importancia decisiva para la formación de la ciencia del Derecho constitucional. Los otros dos la tuvieron, sin duda, para la polémica política, pero apenas influyeron sobre los juristas, y, desde luego, la doctrina dominante se construye exclusivamente sobre el concepto racional. Como acabamos de ver, en tal concepto de constitución se vinculan, por una parte, una relativización de la ordenación y actividad del Estado a las normas jurídicas legales, y, por otra, unas exigencias axiológicas y unas actitudes políticas. Durante la primera época de esta ciencia se opera con el concepto racional de constitución en su aspecto total; pero más tarde, y a través de los métodos del positivismo jurídico, se abandonan las consideraciones axiológicas y políticas para ceñirse exclusivamente al aspecto normativo; supuesto del Derecho constitucional sigue siendo el concepto racional de constitución, pero solamente en un aspecto parcial del mismo: en lo que tiene de reducción de la constitución a pura legalidad.

Este cambio se explica por la distinta función que tenía que cumplir la teoría del Derecho constitucional, pues, una vez asentado y asegurado el régimen liberal-burgués, tal teoría ya no precisaba —como en los tiem-

pos en que el nuevo régimen pugnaba por afirmarse frente a los poderes históricos— ser un medio de conocimiento al servicio de una transformación, al modo de la primitiva doctrina constitucional (Hamilton, Madison, Sieyès, Constant, Rossi, etc.), tan mezclada con estimaciones políticas, sino simplemente un medio de explicación de una realidad cuyo contenido aparecía como indiscutible y definitivamente afirmado. Ahora bien: es claro que toda evidencia en el contenido conduce, en principio, a un resaltamiento de la forma; toda evidencia, en lo sustancial, a una doctrina desustancializada.

Cierto que no se desconocía la existencia de un concepto material de constitución que trascendía no sólo al Estado liberal-burgués, sino también a la pura normatividad, pero este concepto, cuando más, era meramente apuntado y carecía de significación para el despliegue sistemático del Derecho constitucional, pues, como decimos, éste partía más bien de la constitución considerada como pura entidad normativa, como una ley dotada de garantías especiales (Laband), como unas normas jurídicas que designan los órganos supremos del Estado y fijan sus competencias, como el grado superior jurídico positivo en el proceso de producción del Derecho (Kelsen), como una normativización de la actividad de los órganos del Estado, es decir, como «el orden de competencias» (W. Burckhardt), como un complejo normativo estático en medio del constante acontecer de la vida estatal (en lo que frecuentemente se fundaba la distinción entre constitución y administración).

Se opera, pues, con un concepto racional de constitución, pero despojado, en general —con excepción, en parte, de la doctrina francesa—, de toda referencia

valorativa de índole política o moral y resaltando la pura normatividad formal, de modo que no sólo el Derecho constitucional, sino, en general, el Derecho político, se convierte en pura normología que no se hace problema del contenido ni de la finalidad, sino de la forma. La constitución queda reducida a un elemento técnico para la comprensión de la unidad y producción del orden jurídico, y el Derecho constitucional a la exposición de un sistema de competencias. La soberanía de la ley ya no es la de unos principios tenidos por justos, sino que significa simplemente que ninguna autoridad puede actuar al margen de las normas legales; igualdad ante la ley no significa sino que ésta se ha de aplicar de una manera objetiva, sin referencia a casos, situación o personas; se trataba, por consiguiente de una pura formalización, de un sistema de procedimiento. La constitución encierra, sin duda, una limitación del poder del Estado, pero estos límites ya no están más allá del mismo Estado, en unos valores políticos o en unos principios de justicia a los que aquél debe plegarse y cuya justificación es precisamente realizarlos, sino en algo que deriva del Estado mismo, en un proceso de autolimitación, es decir, en algo que se basa en una razón puramente técnica: el Estado sólo es posible mediante el Derecho, y éste sólo es eficaz cuando el mismo Estado sujeta a él su actividad. Objeto de la constitución y del Derecho constitucional son los derechos individuales, pero ya no como derechos naturales y preestatales innatos a la personalidad humana, sino como meros derechos reflejos (*Reflexrechten*) del Estado y de su soberanía (Gerber); como simples «limitaciones de las atribuciones de las autoridades» (Laband); como «normas para la actividad del poder gubernamental, pero

no [como] derechos del ciudadano individual» (Seydel); como «simples reservas de la ley» (O. Mayer) (39). Todos estos autores les niegan incluso el carácter de derechos públicos subjetivos, pero cuando, como en el caso de Jellinek, se afirma tal cualidad, lo es como resultado de un proceso de autolimitación del Estado, no como un derecho anterior y superior a éste, sino como un *status* más allá de la disposición individual y consistente en un modo de relacionarse con el Estado; en resumen, se trata de una situación que comienza y termina con las normas jurídico-positivas, y, por tanto, de una libertad formal, pues para el positivismo lo jurídico se identifica con lo legal; no existe más derecho que el expresado en la ley, la cual, por otra parte, no se exige que tenga un contenido determinado, sino que éste puede ser de cualquier índole. El liberalismo sustancial se había convertido en liberalismo formal; el Estado de Derecho, en Estado legal (40).

Es, pues, claro que el Derecho constitucional clásico había llevado al límite la concepción normativista de la constitución al convertir a ésta en un complejo de normas legales y no ver nada que estuviera situado más allá de ellas. Este acentuado carácter normativista se manifiesta incluso en un país cuyo sistema constitucional parecía repugnar tal forma de tratamiento científico, y cuya constitución era, a la vez que una palmaria

(39) Cfr. A. Spahn, *Staatsmacht und Individualsphäre. Zur Krise der verfassungsmässigen Individualrechte*, Zurich, 1944, páginas 152 y sigs.

(40) Cfr. J. H. Hallowell, *The Decline of Liberalism as an Ideology*, etc., Berkeley y Los Angeles, 1943; C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Munich y Leipzig, 1932, y *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Munich y Leipzig, 1926; H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Turinga, 1930.

negación del concepto racionalista, el arquetipo de la constitución histórica. Es claro que nos referimos a Gran Bretaña. En realidad, a partir del último tercio del siglo pasado, y quizá por falta de tradición *iuspublicística*, el Derecho constitucional inglés es estudiado aplicándole el esquema continental, de modo que su ámbito y contenido no se deriva tanto de un enfrentamiento directo con la realidad constitucional británica cuanto de un acotamiento de ésta con arreglo al módulo de lo que los juristas continentales consideraban como Derecho constitucional. Incluso se produce el notable fenómeno de considerar como auténtico Derecho constitucional tan sólo al Derecho estricto, y tal posición está representada nada menos que por A. V. Dicey, es decir, por el más eminente de los tratadistas británicos del pasado siglo, y a quien, paradójicamente, se le debe la formulación de la teoría de las convenciones constitucionales. Dicey se enfrenta con el Derecho constitucional británico de su época, al que —de un modo que recuerda a Laband y Orlando— define como «una especie de maleza en la que el explorador queda perplejo ante la irrealidad, la antigualla y el convencionalismo» (41); por consiguiente, la primera misión es depurarlo de las consideraciones de índole histórica y crítica: el deber del tratadista «no es ni atacar ni defender la constitución, sino simplemente explicar sus leyes» (42). Tal como el término Derecho constitucional es usado en Inglaterra, comprende una dualidad de reglas que alcanzan unidad por su referencia directa o indirecta a la distribución o al ejercicio del poder soberano; tales reglas son el de-

(41) Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, 9.<sup>a</sup> edición, Londres, 1945, pág. 7.

(42) Dicey, *Ob. cit.* y loc. cit.,

recho estricto (*law*) y las convenciones constitucionales. Pero, según Dicey, este carácter amplio del Derecho constitucional es inservible para el jurista, pues a éste no le interesan las convenciones —que son materia política y no jurídica— más que de un modo marginal, es decir, tan sólo para mostrar la posible relación entre ellas y las normas jurídicas propiamente dichas; así, pues, «es el Derecho estricto (*law*) lo único que en realidad le concierne. Su función es mostrar cuáles son las reglas jurídicas (es decir, las reglas reconocidas por los tribunales) que se encuentran en las diversas partes de la constitución» (43), y, una vez encontradas, «ordenarlas, explicar su significado y mostrar, cuando sea posible, su conexión lógica» (44). De este modo resulta que el Derecho constitucional sólo se refiere a una parte de la constitución, y precisamente a la menos importante, pues, como el mismo Dicey se encargó de mostrar, lo capital de la constitución inglesa no está ni en el *statute law* ni en el *common law*, sino en las convenciones constitucionales.

B) La crítica al positivismo ha sido ya realizada de modo cumplido dentro y fuera de nuestro país (45) de manera que realizarla una vez más sería dar lanzada en moro muerto. De mayor interés es comprender cuáles fueron las razones histórico-espirituales de tal normativismo positivista o, dicho de otro modo, porque la

---

(43) Dicey, *Ob. cit.*, pág. 31.

(44) Dicey, pág. 32.

(45) Cfr. F. J. Conde, *Introducción al Derecho Político Actual*, Madrid, 1942; J. A. Maravall, *Los fundamentos del Derecho y del Estado*, Madrid, 1947; C. Ollero, *Introducción al Derecho Político*, Barcelona, 1948.

ciencia del Derecho constitucional hubo de orientarse hacia el concepto racionalista de constitución.

En primer lugar, la tratadística jurídico-constitucional se encontraba en presencia del Estado de Derecho, de un Estado que desarrollaba efectivamente su vida con arreglo a normas jurídicas positivas, de modo más preciso, a preceptos legales según un orden de normas escalonado en cuyo vértice se encontraba la constitución; de un Estado en el que, con arreglo a las convicciones de la época, la legitimidad se convertía en legalidad; de un Estado, en fin, que, aunque no agotado en las normas legales, se desarrollaba fundamentalmente con arreglo a ellas. Por consiguiente, la reducción del conocimiento jurídico a pura normología tenía sentido dentro de tal situación histórica, y, en ciertos momentos y situaciones, pudo satisfacer con plenitud las necesidades de conocimiento que exigía la época.

En segundo lugar, en el seno de la situación jurídico-política existían importantes razones para que los conceptos histórico y sociológico carecieran de significación en la formulación científica del Derecho constitucional. Como ya sabemos, lo que interesaba al concepto histórico de constitución no era tanto un interés especulativo por las líneas del proceso histórico como la supervivencia de poderes tradicionales. Pero en las constituciones de la época los poderes tradicionales que parecen pervivir —ante todo el Rcy y las Cámaras Altas—, no se manifiestan, en general —con excepción, hasta cierto punto, de Gran Bretaña y Hungría—, como entidades sustantivas, sino como sustentadas en un complejo normativo. El Monarca queda reducido a ser centro de un haz de competencias; la misma prerrogativa de la Corona británica se define como residuo de

los poderes originarios después de las limitaciones legales impuestas por el Parlamento; la desustancialización había llegado a tal punto que se podía hablar de «repúblicas coronadas» (Inglaterra, Bélgica) o encontrar en el Presidente francés de la constitución de 1875 (tal como fué concebido por la mayoría monárquica de la Asamblea constituyente), un sustitutivo de la monarquía. En cuanto a las Cámaras Altas, sólo en algunos Estados están compuestas preponderantemente de grupos históricos y a título propio, y, en cualquier caso, se trata de elementos sin significación por sí, incluso desde el punto de vista sociológico, y totalmente integrados en el esquema racional-normativo del Estado liberal burgués.

Veamos ahora qué razones pueden hacernos comprender el escaso papel desarrollado por el concepto sociológico de constitución. Cabría decir que los métodos sociológicos no estaban entonces lo bastante depurados para ofrecer otra cosa que una visión mecanicista, una fantástica disolución de lo jurídico en una teoría orgánico-biológica, o un tratamiento independiente de la dimensión jurídica y de la sociológica, y que, con todo, estas posibilidades no dejaron de tener alguna representación, aunque, desde luego, no penetraron en la doctrina dominante. Todo esto es verdad, pero lo fundamental es que el objeto con el que tenía que enfrentarse el jurista, es decir, la organización y el funcionamiento de los sistemas constitucionales de la época, no manifestaba de manera patente su condicionalidad sociológica. En verdad que la ordenación constitucional del Estado liberal burgués se basaba en una estructura social determinada, y, en verdad también, que en ocasiones el funcionamiento real de las instituciones no

coincidía con el esquema normativo. Pero en lo que se refiere al primer aspecto, a partir del último tercio del siglo XIX, y hasta la primera guerra mundial, la estructura social aparecía tan estabilizada que se desdibuja el nexo efectivo entre ésta y la normativa, pues los antagonismos, las relaciones de poder y las mutaciones sociales no son tan intensas ni tan rápidas como para alterar o romper la organización constitucional, sino que, por el contrario, pueden realizarse en su seno. Cuando los poderes sociales quieren convertirse en estatales no tratan de destruir la organización existente, sino de integrarse en ella; tal significado tienen los movimientos de reforma electoral que culminan en el establecimiento del sufragio universal; nuevos grupos con poder social efectivo pasan a cooperar en la formación de la voluntad estatal, pero sin alterar el esquema bajo el cual ésta se verificaba. En lo que respecta al divorcio entre validez y vigencia real de la constitución, la creencia en el ininterrumpido progreso y la vinculación entre este progreso y la fórmula liberal-burguesa hacía que se considerase tal divorcio como una crisis de desarrollo y no de sistema. Todavía en 1926 escribía Thoma que el bolchevismo ruso, el fascismo italiano y las dictaduras de Hungría y de España eran casos excepcionales, «anormalidades» en el desarrollo constitucional. Tesis que no era excepcional, sino, hasta cierto punto, opinión *standard* (46). Había, en fin, otra razón para que se desdibujara la dimensión sociológica, a saber: esa especie de unificación de la imagen jurídico-constitucional del mundo y que da lugar a ese *corps de doctrine*

---

(46) Thoma, art. *Staat*, en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Jena, 1926.

- *formant le droit constitutionnel commun ou le droit constitutionnel classique integrado por les principes qui se trouvent a la base de l'immense majorité des constructions politique* (Barthelemy-Duez) (47), a esa *theorie juridique des institutions fondamentales et des règles superiores qui, au XIX siècle, figuren nécessairement ou alternativement dans le droit constitutionnel des peuples libres de l'Occident* (Esmein) (48), a un *Diritto costituzionale Generale* (Santi Romano); es decir, que incluso la misma diferenciación nacional desaparecía ante la unidad general del esquema normativo. De este modo, aunque se hablaba a veces de una constitución «real» o «social» frente a la normativa, se reconocía la autonomía de ésta, que aparecía como la única relevante desde el punto de vista jurídico. Finalmente, la misma estabilidad de las relaciones sociales y de las situaciones políticas, y, sobre todo, el eficaz funcionamiento de una economía libre, hacía que la vida del Estado se pudiera desarrollar, en efecto, según pautas legalmente previstas (49). La condicionalidad sociológica de la constitución sólo pudo hacerse patente más tarde, es decir, cuando la sociedad se escindió en un pluralismo radical y total de grupos antagónicos; cuando lo que parecía anormal se convirtió en normal y este normal en normativo, y cuando a una época relativamente estática sucedió un constante dinamismo, un constante aparecer de situaciones nue-

(47) Barthelemy-Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1933, pág. 49.

(48) Esmein, *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, París, 1927, pág. 22.

(49) Sobre la correlación entre el Estado de Derecho y la economía libre, v. Hayek, *Camino de servidumbre*, trad. de J. Vergara, Madrid, 1946, págs. 75 y sigs.

vas para cuya resolución resultaba ineficaz la previsión y la predeterminación del esquema clásico. Pero sobre esto volveremos después: lo que ahora interesa es que sólo entonces se hizo patente que había una realidad social dotada de una «legalidad» que ni era condicionada por la jurídica ni era independiente de ella, sino que era, o bien condicionante, o bien que estaba en relación dialéctica con ella; sólo entonces afloró lo que era subyacente al Derecho constitucional clásico, y con ello un objeto y una situación para cuyo conocimiento era irrelevante un método construido en función del puro normativismo.

## 2. LA CRISIS DE LA LEGALIDAD

Pero no se trata solamente de una crisis instrumental, es decir, de que el Derecho constitucional clásico se encuentre inerte para la comprensión de las nuevas situaciones producidas en la vida constitucional, sino también de una crisis sustancial, es decir, del concepto de ley y de legalidad que constituían uno de los supuestos de la concepción racionalista de la constitución y el fundamental, por no decir el único, del Derecho constitucional clásico. Y es precisamente en la crisis de esta normatividad legal por donde la del Derecho constitucional enraiza con la general del tiempo. Por tanto, debemos comenzar por examinar qué tipo de normatividad era la «ley» para las convicciones jurídicas de la época.

A) *El concepto de ley*

Características de la ley son su generalidad y racionalidad, es decir, no se trata de la regulación de un caso concreto, sino que vale para un número indefinido de actos y de hechos; se parte, por consiguiente de la posibilidad de subsumir en la generalidad de una norma prevista todas las singularidades que pueda presentar la vida; es una regla uniforme que reduce a común denominador y de una vez para siempre toda la posible pluralidad de los fenómenos vitales, desprecia, por consiguiente, lo singular, o, al menos, cree en la reducibilidad de éste al módulo general. Pero la ley, al mismo tiempo que general, ha de ser precisa, ya que nada puede quedar para la decisión arbitraria; así, pues, al mismo tiempo que norma indeterminada ha de ser predeterminadora, de manera que se adecue a ella cualquier caso concreto. No se trata así de meras directivas, sino de imperativos incondicionados que contengan la posibilidad de subsumir todos los casos sin dejar nada a la voluntad arbitraria, pues ha de ser también una instancia neutral e imparcial no determinada por la situación concreta, sino por un principio abstracto. De este modo el Derecho se agota en la ley, sin que haya lugar ni para un derecho consuetudinario, ni para un derecho de situación, ni para un derecho de creación judicial.

La ley es inviolable, constituyendo un imperativo incondicionado incluso para los mismos que la crean; así, pues, vincula sin excepción, y, por consiguiente, una vez establecida está más allá de la voluntad de su mismo creador. Se trata, por tanto, de un orden im-

personal al que se han de someter todos los órganos del Estado, que tienen precisamente carácter de tales en cuanto son expresión de la ley. De este modo la ley es neutral, pues vincula a todos por igual, y lo es también en cuanto expresión de una racionalidad objetiva y no de intereses individualizados.

B) *Los supuestos del concepto de ley y su crisis*

1. Tal concepto de ley significa la manifestación jurídica de una actitud mental dominante en el siglo XIX y que se esfuerza por encuadrar bajo la ley todos los posibles campos del espíritu. Así, por ejemplo, la escuela clásica de economía sustituirá las reglas empíricas del mercantilismo por «leyes económicas», es decir, por relaciones absolutas y necesarias entre los fenómenos; más tarde se formularán «leyes» sociológicas, psicológicas, políticas, históricas, etc. Por diferente que pueda ser el significado de una ley científica al de una ley jurídica —ante todo porque la una trata de explicar un ser y la otra pretende un deber ser— tienen, sin embargo, una base común de partido e incluso puede establecerse, como lo hace Morris Ginsberg, una correlación entre cuatro tipos de ley científica y cuatro tipos de normatividad jurídica (50). Pero dejando aparte estas correlaciones y ciéndonos a los conceptos que operan en el siglo XIX, una y otra clase de leyes parten de una serie de generalizaciones que habían caracterizado las formas intelectuales de los siglos XVII y XVIII:

---

(50) M. Ginsberg, *The Concepts of Juridical and Scientific Law*, en la colección de ensayos de este autor, *Reason and Unreason in Society*, Londres, 1947, págs. 228 y sigs.

una razón general por encima de las individualidades históricas, sociológicas y antropológicas; una naturaleza humana general, pues sólo bajo este supuesto, se pensaba, puede ser conocedora, cognoscible y universalmente regulable; sólo bajo este supuesto es reducible a leyes generales de cualquier contenido. Apenas parece necesario recordar que se trata de una forma de pensamiento estructurada según los resultados a que habían llegado las ciencias naturales. El hecho es que toda la pluralidad fenoménica es reducida a unidad ontológica y gnoseológica gracias a la ley, y que sólo por ella es dominable, porque fuera de la ley no sólo existe la oscuridad y la ignorancia, sino también el caos, lo informe, las fuerzas ciegas. Lo mismo que la ley científica comienza por disolver el mundo abigarrado de las representaciones falsas, así también la ley jurídica es en sus comienzos disolvente. Disolvente del mundo abigarrado de los antiguos vínculos estamentales, comarcales, de la autoridad por la gracia de Dios y de los privilegios de la tradición; lo mismo que la ley científica es precedida de una actitud analítica, así también la ley jurídica, por estar además inserta en una concepción individualista de la sociedad, desintegra las antiguas instituciones hasta sus últimos elementos, hasta los individuos componentes o hasta una suma de competencias o un haz de derechos subjetivos; pero, del mismo modo que tras del trabajo de análisis viene el de síntesis, así también, correlativo al trabajo de disolución, va el de reducción a unas cuantas normas simples hasta hacer surgir una nueva estructura social y política, pues todo se ha de hacer por la ley y en nombre de la ley; rotas las instituciones tradicionales sólo a través de la ley se reorganiza la estructura social. No

es un elemento más de un orden, sino que ella misma, y sólo ella, es el orden.

Así, pues, la noción de la legalidad jurídica está inserta en una concepción general de la legalidad, de su esencia, de su estructura y de su significado, y supuestos de esta concepción general son: a), la universalidad de la razón, es decir, que todo hombre tenga, al menos, una sospecha —*dunkle Ahnung*, que decía Kant (51)— de la ley racional; b), la identidad de la naturaleza humana y, por consiguiente, de los resultados de la vida humana objetivada, pues, las particularidades escapan al concepto de ley, sólo tal identidad permite esta reducción a lo general; c), la fuerza estructuradora del precepto legal.

2. Desde hace tiempo estamos ante una crisis de tales supuestos. No es cuestión de traer a la memoria todas las críticas de que ha sido objeto la concepción racionalista que servía de base al concepto de ley de que estamos tratando; pero, si queremos penetrar en la raíz de la crisis, forzosamente hemos de aludir a ciertas corrientes fundamentales, parte de cuyos resultados y principios han venido a formar la conciencia y las creencias de nuestro tiempo y que son decisivas para el problema que nos ocupa.

Hemos visto cómo el concepto de ley dominante en la tratadística y sobre el que se sustentaba el Derecho constitucional representaba, en último término, una aplicación al campo jurídico-político del esquema de la

---

(51) Cfr. H. Barth, *Über die Auflösung des Gesetzesbegriffes*, recogido en la colección de ensayos del autor, *Fluten und Dämme*, Zurich, 1943, algunas de cuyas sugerencias y opiniones recogemos aquí.

ciencia natural. Pues bien —aparte de la crisis sufrida por esta misma ciencia—, en el siglo XIX se produce el hecho fundamental de la conciencia de la separación entre el mundo natural y el mundo histórico; los resultados de la vida humana objetivada, es decir, los «sistemas de cultura» y los de la «organización exterior de la humanidad», como seres históricos que son, han de ser concebidos con otras categorías que las científico-naturales. A este hecho fundamental hay que añadir el historicismo propiamente dicho, el sociologismo, el vitalismo y el existencialismo. Los dos primeros vimos ya cómo informaron respectivos conceptos de constitución, pero eran actitudes que pugnaban por abrirse paso y que no habían pasado a integrarse en la conciencia general del tiempo. Han sido las circunstancias de nuestra época, a saber: por un lado, el rápido sucederse de los acontecimientos que dan lugar a estructuras muy diferentes dentro del horizonte vital inmediato, y, por otro lado, la destrucción de las ordenaciones formales de convivencia para dejar al descubierto las relaciones y tensiones sociales radicales, las que han hecho que las direcciones arriba apuntadas pasen a formar parte integrante de las convicciones del hombre actual, mientras que de otros sistemas no quedan más que unas páginas en las historias de la Filosofía. Pero esto no nos interesa demasiado. Lo que nos interesa es el hecho de que por diferencias y disparidades de significados que puedan existir entre estos movimientos, todos ellos coinciden, sin embargo, en una serie de negaciones y en algunas afirmaciones que quebrantan los supuestos sobre los que se elevaba la noción de ley.

A ello pertenece, en primer lugar, la negación de generalizaciones y, por consiguiente, la afirmación de

lo concreto histórico, sociológico o existencial. La actitud general está resumida en esta frase de Dilthey: «La estructura racional del mundo muéstrase como una ilusión de la naturaleza y de la Historia». A los conceptos generales suceden los «tipos», es decir, formas o estructuras concretas y, con mayor o menor amplitud, individualizadas. En resumen: que la vida humana no se deja subsumir ni en unos conceptos ni en unas normas de carácter general y de validez universal, y que no existe una razón idéntica y valedera para todos los hombres. Todo está relativizado al tiempo, a la estructura social o a la situación vital. No hay, pues, un módulo común, y con-ello desaparecen algunos de los supuestos fundamentales para la construcción del concepto de ley. Lo sustantivo son los seres individuales (personales o colectivos) y la razón, diría Schopenhauer, no es más que «un mero accidente de nuestro ser».

Con esto es claro que, según las nuevas tendencias, no hay, propiamente hablando, una naturaleza humana como magnitud invariable. No el hombre, sino el hombre del gótico, del barroco, del renacimiento; el caballero, el burgués o el proletario; el *homo politicus* o el *homo oeconomicus*, etc. Por más que muchas de estas contraposiciones sean meras formas instrumentales de conocimiento o se conciban como diferencias dentro de una homogeneidad sustancial, lo cierto es que bajo ellas alienta la tesis de que el hombre no tiene naturaleza, sino que tiene historia o sociabilidad: su horizonte, sus reacciones, su facultad de comprensión y los valores a que apunta, son diferentes según la época o la situación social o vital.

En verdad que hay una filosofía que está centrada en torno al hombre en cuanto tal. Pero para el exis-

tencialismo, el hombre no está hecho, sino que es un hacerse constante; no es real en un sér dado, sino en cuanto se efectúa en constantes decisiones para el futuro. Ahora bien: estas decisiones se toman ante situaciones completamente cambiantes, pues toda decisión crea por sí misma una situación distinta de la anterior; por consiguiente, más que de existencias se trata de posibles existencias, resultado de sucesivas y cambiantes situaciones y de decisiones ante estas situaciones. La existencia está, pues, bajo el signo de lo diferente. Pero con arreglo a todo esto desaparece otro de los supuestos del concepto de ley de que estamos tratando, pues ésta, por una parte, reposa sobre la repetición de actos, si no idénticos, sí similares; y, por otra, pierde su posibilidad predeterminadora, ya que lo impide el constante cambio de situaciones y, por consiguiente, de las decisiones a tomar ante ellas, puesto que ambas son, por su propia esencia, irreductibles a la norma previa. Decisivo en este aspecto es el papel desempeñado por la excepción, la cual ya no aparece como lo anómalo, como extravagante, sino como algo esencialmente unido a toda existencia: «Si preguntamos, por fin —dice Jaspers—, qué sea la excepción y qué no sea, debemos responder: la excepción no es sólo un raro acontecimiento límite —como, por ejemplo, acontece con los tipos excepcionales e impresionantes como Sócrates—, sino que está presente en cualquier existencia posible, ya que la historicidad, como tal, incluye en sí lo excepcional como indisolublemente unido a lo universal. La característica de la verdad de la existencia es la de ser siempre también excepción a través de todos los modos de lo universal. La verdadera excepción no es, pues, la excepción arbitraria..., sino algo que per-

tenece indisolublemente a la realidad de la comprensión infinita de la existencia temporal» (52).

Apenas parece necesario hacer notar la conexión entre este conjunto ideal y las doctrinas del «derecho de situación», de la soberanía como decisión ante el caso excepcional y de la excepción no como un fenómeno aislado, sino como «un concepto general de la teoría del Estado», mantenidas radicalmente por Carl Schmitt y de manera parcial y menos radical por otros juristas.

Unido a todo esto se encuentra, en fin, la falta de fe en la función estructuradora de la ley, y, en general, del precepto jurídico: la realidad social no es creada por la ley, no es ni siquiera organizada por ella, sino que la ley es expresión de la realidad, pero no expresión total, sino simplemente uno de los elementos de la realidad; cada grupo o cada institución tiene un modo de existir y una estructura que le es inherente. Una de las partes de esta estructura, pero en manera alguna la fundamental, es la jurídica, en la que, a su vez, la ley puede ocupar un lugar muy subordinado. Si hay algo que una a doctrinas algunas tan dispares entre sí como el marxismo, el pluralismo de Gierke y de los ingleses, el sociologismo jurídico de un Ehrlich, la teoría francesa de la institución, la del Derecho social de Gurvitch, la del *ordinamento giuridico* de Santi Romano o la del orden concreto de C. Schmitt, es precisamente la negación de la fuerza estructuradora de la ley y la consideración de ésta como un resultado o como una expresión parcial de una totalidad que le es subyacente y que, en modo alguno, agota la normatividad

---

(52) Jaspers, *Filosofía dell'esistenza*, trad. italiana, Milán, 1940, páginas 77-78.

jurídica. En otras ocasiones el Derecho es considerado como un mero despliegue vital, de modo que un jurista francés puede decir que «los juristas ofrecen el triste espectáculo de asociarse a ese culto primitivo de la vida, que por vocación deberían considerar como un paganismo a cuyos ritos serán inevitablemente sacrificados» (53).

### 3. LA CRISIS DE LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL

Con esto queda claro la crisis ideológica del concepto de ley sobre el que se sustentaba el tipo racional-normativo de constitución que servía de base al Derecho constitucional clásico. Nos toca ver ahora en qué medida esta situación espiritual se corresponde con la realidad de la vida jurídica. Hemos de dar de lado a una serie de fenómenos significativos de esta crisis de la ley, tales como el hecho de que decisiones administrativas vayan seccionando o sustrayendo de tal manera el haz de derechos de una institución establecida por la ley, que prácticamente la nulifiquen o la desustancialicen; tal ocurre, por ejemplo, con los derechos de propiedad y de libertad económica, establecidos o garantizados (?), cuando no por la Constitución, sí, al menos, por los Códigos civil o mercantil; a que la constante y extensa intervención del Estado en la vida económica, al tener que decidir sobre cuestiones cuyos datos, en virtud del dinamismo económico, cambian constantemente, dé lugar a una imponente masa de

(53) G. Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en Droit français*, en *Archives de Philosophie du Droit*, etc., año IX, 1939, I-II.

normas jurídicas particularizadas y permanentemente cambiantes en función de la situación, etc., etc. Todo esto encierra un considerable interés, pero el objeto de este trabajo nos obliga a limitarnos a la pura esfera constitucional y aun ello, dada la extensión de un artículo, de una manera somera. La crisis de la normatividad legal en el campo constitucional, se manifiesta fundamentalmente en los siguientes aspectos.

A) *El desplazamiento de la legitimidad*

No en todos, pero sí en varios países, la política de los años anteriores a la guerra mostraba de manera patente la crisis de la Constitución como fundamento de la legitimidad de la acción política y estatal: de ser el núcleo de la legitimidad racional (legalidad) que preside al Estado liberal, se convierte en un instrumento al servicio de determinados valores e intereses cuyos sujetos eran, en general, los partidos políticos, es decir, entidades extraconstitucionales. La constitución puede no ser anulada formalmente, pero se convierte en un instrumento de lucha, pierde su carácter de norma neutral y entra de lleno en un proceso de politización.

B) *La dinámica constitucional y la creación de un derecho al margen de la constitución*

Como ya hemos indicado, el concepto racional de constitución y, por consiguiente, el Derecho constitucional clásico llevaban implícitos la consideración de la constitución como una ordenación exhaustiva, está-

tica y permanente. A fin de asegurar lo más posible su permanencia se estableció un método más dificultoso de reforma, dando lugar así a la superlegalidad constitucional y a las constituciones de tipo rígido. Sin embargo, ningún esfuerzo racional es capaz de eludir dos hechos: a), que la constitución está en una relación estructural como componente parcial de la totalidad del Estado y de la sociedad; por consiguiente, es claro que ha de producirse una relación recíproca, condicionadora y condicionante entre la constitución y los demás componentes de la estructura total del Estado y de la Sociedad, y que, por tanto, cualquier alteración producida en uno de esos componentes ha de afectar a la constitución: b), que, como señala Smend, mientras que las normas jurídicas ordinarias son «la normativización de una pluralidad infinita de casos», en cambio, la constitución es «la ley individual de una única realidad vital concreta» (54) de un Estado, es decir, de una individualidad histórica, de una «forma de vida», a la que es inherente un proceso de constante transformación. A este proceso de transformación de la constitución sin reformas de su texto solían llamarlo los alemanes *Verfassungswandlung*, en contraposición al *Verfassungsänderung*, es decir, a la modificación producida por reforma del texto. Esa transformación puede tener lugar de las maneras siguientes:

a) Como práctica constitucional que no entra en colisión formal con la constitución, pero que puede dar otro sentido a los órganos y a las instituciones, y a la constitución como totalidad. Por ejemplo: el paso del

---

(54) Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich y Leipzig, 1928, pág. 134.

«constitucionalismo» al parlamentarismo, de un Jefe de Estado dotado de *poteſtas* a un Jefe de Estado sin más que *auctoritas*, se ha verificado frecuentemente sin la menor alteración del texto constitucional.

b) Como imposibilidad del ejercicio de un poder o de la distribución de poderes establecida en la constitución. Característica modificación en este sentido, y de la que apenas se ha librado ningún Estado en los años anteriores a la guerra, es el desplazamiento de poderes hacia el ejecutivo. En tal respecto son particularmente interesantes las conclusiones a que llega el *Donoughmore Committee's Report* (1932). Este informe —resultado de los trabajos de una comisión parlamentaria británica, nombrada (1929) para dictaminar sobre los medios de limitar o regular el *new despotism* del gobierno y de la administración provocado por el constante traspaso de funciones legislativas al ejecutivo— manifiesta, de una manera precisa y concisa —y con unas reflexiones que parecen un eco de algunas de las corrientes espirituales a que hemos aludido anteriormente—, la incapacidad del esquema clásico de distribución de poderes para hacer frente a la complejidad de la vida actual. El documento saca las siguientes consecuencias:

1.ª La incapacidad del esquema legislativo clásico para prever y determinar todas las situaciones posibles, pues la vida se manifiesta en una heterogeneidad de condiciones locales y temporales. Así, cuando el objeto de la legislación es una amplia reforma de índole técnica, entonces es difícil insertar en un proyecto legislativo «todas las prescripciones o provisiones (*provisions*); es imposible prever todas las contingencias y condiciones locales a las que eventualmente puedan aplicarse los preceptos. Además, la práctica [de la concesión

de plenos poderes] es estimable porque hace posible la constante adaptación a condiciones futuras desconocidas, sin necesidad de reforma de la legislación. La flexibilidad es esencial», y, para ello, nada más adecuado que el método de los plenos poderes, especialmente allí «donde el desarrollo técnico es rápido y a menudo imprevisible, la delegación legislativa es esencial para poder enfrentarse con las situaciones que surgen».

2.ª La actividad estatal se encuentra con situaciones ante las que es preciso decidir de un modo inmediato, sin que haya tiempo para la formulación de un proyecto legislativo «En un Estado moderno hay muchas ocasiones en las que surge la necesidad de una acción legislativa rápida. En tales casos la delegación es el posible e incluso el único remedio»; de este modo «no sólo es prudente, sino que incluso puede ser vital... equipar previamente al ejecutivo con casi plenos poderes para enfrentarse con situaciones de necesidad urgente» (55).

Esta transformación de la distribución de poderes puede justificarse más o menos mediante la interpretación de los preceptos de la constitución de cada país, pero ello no altera el hecho de que el orden constitucional haya sufrido una transformación.

c) Como transformación indirecta a través de una interpretación amplia, pues, en efecto, hay ocasiones en que la interpretación transforma radicalmente la constitución. Nos limitaremos a poner como ejemplo dos países con un Código constitucional rígido y de larga vida. La judicatura americana ha definido, y el go-

---

(55) *Committee on Minister's Powers Report* (llamado también *Donohmore Committee* por el nombre de su presidente), Londres, 1932. Cmd. 4.060.

bierno federal utilizado, la doctrina de los «poderes implícitos». Según esta doctrina, las competencias de la Federación no se agotan en las enumeradas en la constitución; sino que se extienden a aquellas materias que aparezcan como medios necesarios para el cumplimiento de los fines federales. Cuando tales fines no derivan de una competencia federal concreta, sino de la conexión de varias o de la constitución como totalidad, nos encontramos ante los «poderes resultantes». Al ser definidos por primera vez los poderes implícitos por el juez Marshall en su calidad de ponente del Tribunal Supremo, advertía que habrían de adaptarse claramente al objeto y estar «acordes con la letra y el espíritu de la constitución» (56)». No es cosa de detenernos aquí en la evolución teórica del concepto, pero lo cierto es que:

a), en virtud del precepto que autoriza al Congreso a regular el comercio interestatal, la Federación ha podido atraer a su competencia asuntos como, por ejemplo, la regulación de la energía eléctrica, la Bolsa de Nueva York, las relaciones laborales, la emisión de valores, la protección de la agricultura, etc.; b), en virtud del precepto que delega en el Congreso la facultad de establecer oficinas y vías de correos, la Federación ha regulado materias tan alejadas de la intención del precepto como la prohibición de la literatura obscena, de la propaganda escrita contra la suscripción de bonos de guerra, etc. (pues les niega la circulación postal, al tiempo que prohíbe cualquier otra especie de correo de carácter público); c), Haciendo uso del precepto que autoriza al Congreso para establecer impuestos, a fin, entre

---

(56) *McCulloch v. Maryland*. 4, Wheat, 316; reproducido en Black, *Illustratione Cases on Constitutional Law*, St. Paul, 1939.

otras cosas, de proveer el bienestar general de los Estados Unidos, la Federación ha podido proteger ciertos productos industriales o agrícolas sometiendo a superior tributación a los productos concurrentes, ha prohibido los narcóticos, ha establecido subsidios para la enfermedad y la vejez, etc., etc. Todo esto no son más que unos cuantos ejemplos empíricos, pero baste decir que toda la política del *New Deal* —para prescindir de las circunstancias anormales de la guerra—, que transformó a los Estados Unidos en un país de economía dirigida, tuvo por base jurídica la doctrina de los poderes implícitos y resultantes. Pero ya antes del *New Deal* escribía uno de los tratadistas más autorizados: «El hecho más saliente de la historia constitucional de los Estados Unidos en los últimos treinta años es la expansión de las actividades del gobierno nacional [federal]», y concluye: «El resultado es que, a pesar de que el federalismo existe todavía como estructura teórica de la Unión, ha perdido fundamento en la conciencia pública» (57). Y si bien es cierto que durante dichos años tuvieron lugar algunas enmiendas constitucionales, lo capital del desplazamiento de poderes tuvo lugar al margen de tales enmiendas. Por lo demás, no sólo la distribución de competencias entre la Federación y los Estados miembros, sino toda otra serie de facetas (ante todo los poderes presidenciales frente al Congreso), ha estado constantemente evolucionando por aplicación de la doctrina de los poderes implícitos, de manera que puede concluirse, con Mathews, que la constitución norteamericana «es un documento dinámico, que tal como

---

(57) McLaughlin, *A Constitutional History of the United States*, Nueva York, 1935, pág. 788-789.

ha sido modelado y desenvuelto hasta hoy es, en ciertas cosas, muy diferente de lo que era en 1787» (58).

Algo parecido nos dice Giacometti de la constitución suiza: la interpretación extensiva y analógica ha conducido «a la creación de un nuevo derecho material en oposición a la constitución federal escrita, de modo que ésta ha sido modificada diversas veces por la ley federal ordinaria, y, por consiguiente, prácticamente «hay leyes (ordinarias) transformadoras de la constitución» (59). Pero claro está que este derecho, al que Giacometti no duda en llamar *contra constitutionem*, no se ha creado mediante un enfrentamiento patente con el texto constitucional, sino en virtud de ciertos métodos de interpretación, a saber: el método de la consecuencia (*Verfahren der Konsequenz*), de formulación similar al de los poderes implícitos, y el método de inversión, que parte de la constitución como de una totalidad, entendiendo que existen ciertas competencias inherentes al *Bund*, que, aunque no expresadas en una norma precisa ni derivadas de ella, son supuesto de la existencia estatal y pueden deducirse de la conexión total y teleológica de la constitución; es, pues, un procedimiento parecido, en parte, al de los poderes resultantes. Siguiendo éstos y otros métodos se ha desarrollado en Suiza un desplazamiento de competencias similar al de los Estados Unidos.

d) Como una práctica en oposición más o menos abierta con la constitución. Entre toda la casuística que

---

(58) Manthews, *The American Constitutional System*, Nueva York, 1940, págs. 3 y sigs.

(59) Giacometti, *Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung*, Tubinga, 1925, págs. 22 y 30.

podría citarse en este punto vamos a aludir a uno de los fenómenos más característicos: la creación de un «derecho de necesidad», al que va unido la normalización de medidas anormales. Es pretensión de la concepción jurídica racionalista regular todas las posibles situaciones que puedan presentarse sin dejar margen para la excepción. Del enfrentamiento dialéctico de esta pretensión, con el hecho de que ninguna normatividad puede aplicarse a un caos y con el reconocimiento de la singularidad de posibles situaciones, surgió, como síntesis, el establecimiento de un derecho de excepción que hasta cierto punto llevaba al límite el normativismo, ya que trataba de prever lo que por esencia parece imprevisible, es decir, lo excepcional; expresión parcial, pero no única de este derecho excepcional, es el «estado de guerra», es decir, la forma moderna de dictadura comisoría: suspensión parcial y temporal de la constitución a fin de salvarla como totalidad, restableciendo para ello las condiciones fácticas de su vigencia; junto a esta forma había otras, tales como las ordenanzas de necesidad alemanas, o la facultad de la Asamblea federal suiza para sustraer al *referéndum* un decreto de alcance general cuando, a su juicio, tuviera carácter urgente. Mas sea porque las situaciones excepcionales se hagan crónicas, sea porque los partidos utilicen como instrumento tales posibilidades excepcionales, aunque en realidad no lo exija la situación, el hecho es que lo excepcional se convierte en normal y que lo normal tiende a convertirse en normativo.

Pero el problema adquiere todavía mayores dimensiones si se tiene en cuenta que además de este derecho de necesidad, que puede llamarse «intraconstitucional», ha surgido un derecho de necesidad «extra-

«constitucional» (60), no dentro, sino «junto» o «sobre» el texto constitucional. Del patente reconocimiento de este derecho, no ya por las meras prácticas gubernamentales o por las disquisiciones de juristas teóricos, sino por órganos dotados de *auctoritas*, son prueba estas palabras de una decisión del Tribunal federal suizo: «Si bien la constitución no contiene disposición formal en este sentido [competencia de la Asamblea o del Consejo federales para rebasar ciertas normas constitucionales], es indudable que, cuando a consecuencia de circunstancias excepcionales el Consejo federal está encargado de tomar todas las medidas para el bien público amenazado, no puede estar ligado por la constitución en esta indispensable tarea» (61). Este derecho puede justificarse apelando a la «esencia», a la «suprema norma no escrita», a los «principios», al «sentido», etcétera, de la constitución, es decir, a algo que trasciende al puro texto, o bien se le puede considerar como «acto jurídico irregular», como «superioridad momentánea de los hechos», etc. Pero una cosa es clara: que si se repite de modo normal produce una transformación de la constitución vigente, aunque esté en desacuerdo con el texto.

De todo esto se desprenden tres consecuencias:

a) Que la constitución no es un orden inmutable y estático que permanezca fijo sobre el fluir de los fenómenos, sino que sus preceptos adquieren un nuevo significado al conexionarse con las diversas esferas de la realidad en las que está inserta la constitución.

---

(60) W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurich, s. a. (¿1945?).

(61) Cit. por J. Favre, *Le Droit de nécessité de l'Etat. Etude de Droit Public Fédéral*, Lausana, 1937, pág. 28.

b) Que su texto no agota la normatividad constitucional, sino que a su margen se forman unas prácticas y un derecho consuetudinario, que si bien pueden nacer como complemento o interpretación de aquél adquieren en ocasiones tal sustantividad que prácticamente le sustituyen.

c) Que la estructura constitucional, e incluso los principios o las decisiones políticas fundamentales expresadas en un texto, no coinciden con la ordenación constitucional vigente, que es la que interesa al jurista.

### III. — A LA BUSCA DE UN CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN (62)

En virtud de todo ello es comprensible una tendencia al abandono del concepto racional-normativo de constitución acompañada del intento de formular una nueva concepción que sirviera de fundamento para la comprensión de las nuevas situaciones jurídico-constitucio-

---

(62) Las obras en que los autores a que se hace referencia han tratado del concepto de constitución, son las siguientes: Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, 1934; *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung* (en el *Handbuch* de Anschütz-Thoma, Tubinga, 1932, t. II); Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich y Leipzig, 1928; Heller, *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobio, México, 1942; Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht una soziale Struktur*, Zurich, 1944; Eric Kaufmann, *Zur Problematik des Volkswillens*, cit. por Kägi, *Ob. cit.*; Heinrich Triepel, *Staatsrecht und Politik*, Berlin und Leipzig, 1927; M. Hauriou, *Precis du Droit Constitutionnel*, Paris, 1923; *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. esp. de C. R. del Castillo, Madrid, 1927; Santi Romano, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Milán, 1946; *Corso di Diritto Costituzionale*, Padua, 1932.

nales. Pero dado que los nuevos intentos surgen en unos momentos de crisis en los que el objeto mismo de la investigación es impreciso y en los que el punto de vista de cada autor puede estar tan separado del de otro como lo están los sistemas espirituales y las situaciones vitales de nuestra época, es claro que una exposición de conjunto es arriesgada y que forzosamente ha de dejar fuera puntos de vista peculiares de cada autor. Pero con todo, creemos que, de un modo general, cabe establecer unos rasgos dominantes dentro de estos intentos por hallar un nuevo concepto de constitución:

1. En primer lugar, el planteamiento del problema de un modo radical en el sentido de que no se trata solamente de averiguar cuál es la función de la constitución en el Estado, sino que se pretende penetrar en la sustancia de la misma y, a veces, como vía para la comprensión del Estado en general. Todo esto tiene lugar en los conceptos de Smend C. Schmitt, Heller y E. Kaufmann. En el caso de Schmitt incluso ha provocado el intento de una nueva disciplina, la *Verfassungslehre*, la teoría de la constitución, «como una rama especial de la teoría del Derecho público», disciplina que, a pesar de que su autor parece equiparar a cierta parte del Derecho constitucional de la tratadística francesa, tiene en Schmitt unos rasgos bien acusados que, según uno de sus críticos (63), son los siguientes: a), a diferencia de la Teoría general del Estado no le interesa al Estado en general, sino el orden del Estado a través de su constitución; b), a diferencia del Dere-

---

(63) A. Hensel, *Staatslehre und Verfassung*, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, t. 61, c. 1.º, febrero 1929.

cho político (*Staatsrecht*) no le preocupa un Estado determinado, sino la aclaración de los supuestos del Derecho constitucional positivo; c), aunque se utilizan los ejemplos en amplia medida, no se trata de un Derecho político o constitucional comparado, pues tales ejemplos sólo tienen carácter de medios para un fin, que es captar la esencia y los contenidos significativos del Estado de Derecho como tipo histórico.

En Smend, no obstante su afirmación de que su método es más de aplicación a la teoría de la constitución que a la del Estado, sin embargo, lo cierto es que el planteamiento del problema constitucional le lleva no ya a la formulación de una idea del Estado, sino incluso de los grupos sociales.

2. El nuevo planteamiento de los fines del conocimiento conduce al intento de captar la constitución, no mediante un análisis de sus partes integrantes, sino a través de una intuición esencial que la revele como una totalidad a la que se articulan tales partes, método que, como ya hemos visto, seguía en ocasiones la interpretación jurídico positiva de la constitución. Tal sustancia puede radicar en unas «decisiones políticas fundamentales», de manera que el resto de la constitución sólo tenga sentido con referencia a tales decisiones (Schmitt); puede radicar en el proceso de integración del Estado, de modo que la constitución sea la ordenación jurídica de algunos lados de este proceso (Smend). Según Hauriou, la constitución es parte integrante de un orden superior, del orden constitucional, y el elemento fundamental de éste son las ideas, las creencias morales, políticas y sociales, de manera que

para el orden constitucional «no importan tanto los mecanismos políticos como las energías espirituales que los han creado y animan».

3. Todo esto no conduce necesariamente hacia un desprecio de lo normativo, pero sí abre camino hacia él. No vamos a caer en la vulgaridad de hablar una vez más del decisionismo de Schmitt. Pero, según Smend, la constitución, por ser ley individual de una realidad vital concreta —del Estado— no puede disolverse en un complejo de normas, sino que es una unidad que actúa como ley vital de algo absolutamente concreto y cuya esencia, por consiguiente, está más allá de su carácter técnico-jurídico, de manera que no sólo es norma, sino también realidad integradora. Por lo demás, incluso en su dimensión jurídica la constitución no es algo acabado y firme, sino que, para cumplir su función, ha de contar con los impulsos de la propia vida y con las motivaciones sociales; lo único que la constitución puede hacer es estimular estos impulsos y motivaciones, sugerir actividades de fuerza y de grupos espontáneos e incluso de las instituciones establecidas por ella actuando en sentido diferente del proyectado. Que obtenga éxito en su función no depende tanto de su contenido, siempre esquemático y con influencia de varias manos, como de la actividad del conjunto de las fuerzas políticas de un pueblo. Por consiguiente, y puesto que la constitución no puede abarcar de modo exhaustivo la vida toda del Estado, es claro que su intención no ha de dirigirse a regular particularidades, sino a la totalidad del Estado y de su proceso de integración. Consecuentemente, la amplitud y elasticidad de interpretación no sólo es permisible, sino incluso exigible e

imprescindible a la esencia misma de la constitución, y, por ello, el sentido que tenga o que pueda tener una constitución es algo que rebasa la conciencia que de ella posea el legislador constituyente; la constitución es, pues, un territorio dotado de vida propia. Una tesis parecida, pero con formulación más radical, se encuentra en Eric Kaufmann, para quien la norma jurídico-positiva ha de capitular ante el *ethos* objetivo, pues el sentido de toda norma es trascenderse a sí misma. La constitución no hace más que crear el marco y la forma en los que las fuerzas éticas y carismáticas de un pueblo pueden expresarse en un orden legal; la constitución propiamente dicha no es el texto escrito, sino, de un lado, la existencia jurídico-natural de todo Derecho constitucional, y, de otro, las fuerzas reales sociológicamente dadas, que son las auténticas creadoras y transformadoras del Derecho constitucional viviente:

4. Este menosprecio o relativización de lo normativo conduce a una penetración del concepto sociológico de constitución. Claro está que no se trata de una mera aplicación de la concepción sociológica descrita anteriormente como una de las corrientes típicas del siglo XIX y comienzos del XX, sino que, como es natural, se reflejan en él las nuevas y diferentes concepciones sobre la realidad social. Los conceptos mantenidos por Smend y por Kaufmann, a los que hemos aludido antes, están, como se sabe, dentro de esta tendencia. En la misma dirección, aunque con supuestos y conclusiones harto diferentes, cabe encuadrar a Hauriou y a Santi Romano. Y el mismo C. Schmitt no escapa a ella, incluso en su franca etapa decisionista, en cuanto que la constitución supone una realidad existencial preexistente,

de la que aquélla es una de sus posibles estructuras políticas, y en cuanto que, incluso, tal realidad es ya jurídica, pues «lo que existe como magnitud política es jurídicamente considerado digno de existir».

Dentro de esta tendencia está la dirección representada por Schindler y Heller, quienes si bien afirman la estrecha y necesaria vinculación entre la realidad social y la jurídica, sin embargo se niegan a disolver a ésta en aquélla, a considerarla simplemente como su efecto o a admitir dos conceptos independientes, es decir, una constitución jurídica y una constitución social. Esta síntesis superadora de la dualidad, pero que al mismo tiempo afirma la relativa independencia de lo normativo, la encuentran ambos autores en una relación dialéctica. Especialmente en Heller se hace patente también el derecho a la existencia de la ciencia jurídico-constitucional frente a la sociología; la constitución, en su sentido total, es una realidad social, en la que norma y ser están unidos en relación dialéctica; por ello es posible extraer de tal realidad unos contenidos de significación a los que se objetiviza, y este territorio, así destacado, es lo que forma el objeto de la dogmática jurídico-constitucional. Pero la conexión con la realidad social, por un lado, y la finalidad de toda norma de servir al mantenimiento de una determinada conducta social, por el otro, hace que los preceptos jurídicos no puedan ser plenamente explicados más que con referencia a la situación total, y, en consecuencia, que la dogmática jurídica no sea plenamente autárquica y que, por tanto, precise referencias metajurídicas.

5. Tanto la politización de la época como la tendencia teleológico estimativa, que caracteriza a parte de

las consideraciones científico-jurídicas contemporáneas, ha llevado a una politización de la constitución. No entendemos aquí por tal la conversión consciente del concepto de constitución en un instrumento de la lucha política, sino simplemente el criterio de que la constitución no es una pura normatividad, sino «un modo de existencia política» (Schmitt), «un derecho para la política», «una normatividad de contenido político» (Triepel), «una transposición de determinadas convicciones políticas» (Wackernagel), una parte del orden jurídico, que se diferencia del resto por «el carácter político de su objeto» (Smend); y ya hemos aludido a la significación que las «convicciones políticas», etcétera, tienen en la doctrina de Hauriou.

De este modo, mientras que la doctrina clásica a pesar de su *substratum* liberal, llegó, como hemos visto anteriormente, a una dessubstancialización total de los derechos fundamentales, en cambio se hace resaltar lo esencial de ellos dentro del complejo constitucional por autores marginales a la doctrina liberal. Así, por ejemplo, según Smend, los derechos fundamentales proclaman un determinado sistema de cultura y de valores, que son los que otorgan sentido a la ordenación del Estado realizada por la constitución; desde el punto de vista teórico-estatal significan un sector de integración material; desde el punto de vista teórico-jurídico, un principio de legitimación, pues el orden jurídico es válido en virtud de la realización de ese sistema de valores; del mismo modo, C. Schmitt ve también lo esencial y directivo de la constitución del Estado burgués de Derecho en tales derechos fundamentales.

6. Hay, finalmente, una característica, ya contenida, en parte, en la consideración sociológica de la constitución, a saber: su carácter dinámico. Este dinamismo ha sido especialmente acentuado por Smend, en cuanto que, con arreglo a su doctrina, la constitución es, en sí misma, realidad integradora, e integración es tanto como un constante proceso de renovación, un permanente revivir, y de aquí que la constitución no se agote en el acto constituyente, sino que, en cierto modo, éste se renueva en cada momento. Heller reconoce también el carácter dinámico de la constitución, pero no llega, en sus consecuencias, tan lejos como Smend, y entiende que si, a pesar de su constante transformación, el Estado no se disuelve en un caos, sino que forma una unidad, es por la probabilidad de que en el futuro los actos humanos continúen acaeciendo según las mismas pautas; mas esta configuración de la cooperación, que se espera se mantenga en el futuro, y por la que se produce, de modo constantemente renovado, la unidad y ordenación de la organización, es, precisamente, la constitución: así, pues, la constitución, más que proceso es producto; más que actividad, forma de actividad, normativización de un proceso constantemente actualizado, pero con cierta objetividad frente al proceso mismo.

\* \* \*

Tales son los rasgos generales que, a nuestro juicio, pueden destacarse como dominantes en medio de la pluralidad de teorías surgidas desde la otra postguerra. A nuestro modo de ver, ninguna es todavía capaz de

prestar al Derecho constitucional aquella firmeza que en su momento proporcionó el concepto racional-normativo, y sobre el que aquél puede levantar la sistemática clara y precisa que es característica de los tiempos de auténtico florecimiento jurídico. Hoy es tan endeble la existencia del Derecho y tan mutables sus contenidos que forzosamente se ha de acudir para su captación a esas esferas limítrofes, que constantemente le condicionan, cuando no le determinan. Mas la superación de esta situación no es función del jurista, pues el jurista teórico apenas contribuye a la creación de la realidad jurídico-positiva; lo único que hace es comprenderla e interpretarla, y lo primero que necesita para crear concepciones firmes, es tener ante sí un objeto firme.

M. GARCÍA-PELAYO

# NOTAS

