

SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL*

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

En memoria de Francisco Tomás y Valiente.

1. Introducción

Muchas veces he pensado que la expresión “resistencia constitucional” usada por Tomás y Valiente¹ era realmente afortunada. Viene a ser una especie de “precipitado” en el que acaban depositándose las intuiciones de mucha gente (entre quienes me encuentro) a propósito del acierto en el diseño de las instituciones constitucionales. El mérito de la misma (y la adhesión que suscita) radica, me parece, en el carácter abierto y dinámico (dialéctico, si se quiere) que cabe atribuirle, pues la resistencia constitucional es algo así como un *desideratum* (un objetivo) que resulta compatible con diseños y estructuras constitucionales diferentes entre sí. Ahora bien, del “precipitado” de intuiciones a la construcción teórica adecuada media un largo trecho y puede decirse que en cierto modo está todavía por recorrer. Este trabajo pretende ser una contribución en este sentido. Al final acabaré proponiendo que los diseños institucionales compatibles con el objetivo de la resistencia constitucional pueden definirse como una función que relaciona el grado de rigidez con el grado de apertura constitucionales redefinidos de un cierto modo. De esta manera se puede mostrar, me parece, que mientras que en abstracto es posible llegar a definir múltiples puntos de equilibrio, la elección en concreto viene mediada por contingencias relativas a las comunidades políticas y a los momentos de referencia. Pero antes de entrar en la noción de resistencia constitucional quiero recordar algunas

* Este trabajo es una revisión en profundidad del artículo Aguiló Regla, Josep: “Sobre la resistencia constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, nº 6, 2003, págs. 9-33.

¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: “La resistencia constitucional y los valores” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 15-16, 1994, págs. 635-650 (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

cosas, si se quiere elementales, que ayuden a entender mejor la referida atribución de mérito. En particular, me propongo sostener que muchas de las contradicciones internas que atraviesan el constitucionalismo no son más que una manifestación específica de algunas contradicciones perceptibles en toda relación política y que, en este sentido, no son susceptibles de una armonización acabada, que siempre se manifiestan y que no pueden ser aprehendidas de manera estática ni resueltas en términos puramente estructurales.

2. Sobre el constitucionalismo

2.1. *La constitución del constitucionalismo*

Es un lugar común la afirmación de que los ideales del constitucionalismo quedaron plasmados en la Declaración francesa de derechos al establecer que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución”. En mi opinión y acortando bastante el camino, puede decirse que el constitucionalismo es una ideología que *grosso modo* puede caracterizarse a partir de estas dos notas: 1. Sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico político; lo que supone que el respeto a los derechos juega un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de la comunidad de referencia. Y 2. recurre a la forma constitucional —entendida como opuesta a la forma legal ordinaria— como garantía de ese papel atribuido a los derechos.

Estas dos características hacen que la constitución del constitucionalismo no pueda verse como una mera función del poder político existente en un momento dado; como un mero intento de perpetuar una dominación política. En este sentido, la constitución formal o tiene un fuerte componente de liberación política o no es constitución según el constitucionalismo². Aquí no puedo detenerme mucho en ello, pero piénsese simplemente en que si la idealidad del Estado de Derecho, la del Estado liberal, la del Estado

² La idea de fondo es que el esclarecimiento del constitucionalismo como ideología es inseparable de la denuncia del pseudoconstitucionalismo. En este sentido, por ejemplo, me parece obvia la contradicción presente en la obra de Lassalle [LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una constitución?*, (Trad. de Wenceslao Roces), Ariel, Barcelona, 1984] puesto que, por un lado, opera con un concepto de constitución que acaba por ser una mera función del poder político efectivo (es poder desnudo) y, por otro, califica al pseudoconstitucionalismo —entendido como opuesto al constitucionalismo— de mero engaño del despotismo. Esto último sólo es posible, me parece, si se acepta que en la genuina constitución la cuestión primaria no es de poder, sino de valor. Creo que tiene razón Kay cuando afirma que la función social central de una constitución es prevenir peligros probados [KAY, Richard S.: “Constitutional Chrononomy”, en *Ratio Juris* Vol 13, n°1 mayo 2000, págs.] y, por tanto, que el constitucionalismo requiere una clara conciencia de ciertos males potenciales de los sistemas políticos.

democrático y la del Estado social se consideran componentes agregados al constitucionalismo, es fácil darse cuenta de que el sentido de los mismos es centralmente erradicar los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y la exclusión social. En efecto, el Estado de Derecho entendido como imperio de la ley o gobierno de las leyes implica una relación de sujeción pero sólo a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos –los propios del Estado de Derecho– destinados a erradicar la arbitrariedad en esa relación. El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito sujeto en la relación entre un soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ese es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad: generar esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia. Y, finalmente, el componente democrático y social puede verse como la transformación de la relación parte/todo (soberano/comunidad) que implica la acción política, pues la relación entre representados (o favorecidos) y excluidos por la acción del soberano se transforma en la oposición entre mayorías y minorías en todos sus sentidos relevantes. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad. Obviamente la armonización de todos esos derechos y de las exigencias normativas derivadas de esos ideales no es algo que surja inmediatamente; la operatividad de los mismos requiere la formulación de teorías o concepciones de la constitución.

2.2. Las concepciones constitucionales y las contradicciones del constitucionalismo.

Las concepciones constitucionales proponen y justifican, por un lado, diseños constitucionales para las fases de redacción de las futuras constituciones o de enmienda de las ya existentes y, por otro, lecturas y/o criterios de interpretación de las constituciones positivas. Ahora bien, la literatura del constitucionalismo se halla plagada de concepciones internamente coherentes pero enfrentadas dicotómicamente con un par opuesto simultáneamente coherente. Así, dar cuenta de dicha literatura viene a ser algo muy semejante a exponer un sinfín de pares de opuestos: gobierno de los muertos frente a gobierno de los vivos, procedimentalismo frente a sustantivismo, democracia frente a coto vedado, mecanicismo frente a normativismo, constitución política frente a constitución jurídica, constituyente frente a soberano, monismo democrático frente a dualismo democrático, originalismo frente a interpretativismo, etc. La literatura en la que se discuten todas estas alternativas es amplísima y tiene un altísimo grado de sofisticación. Obviamente

aquí no me voy a detener en ella, pero sí quiero llamar la atención sobre dos puntos que me parecen especialmente interesantes. El primero es que si bien cada uno de los pares enfrentados presenta especificidades propias (es el resultado de afirmar o negar algún elemento específico) todas estas dicotomías tienen un “aire de familia” que lleva a pensar que, en realidad, se trata de manifestaciones diferentes y específicas de una (o algunas) tensión(es) más genérica(s). El segundo es que a pesar de que cada par está formulado de manera incompatible, resulta realmente difícil (si no imposible) optar por uno de ellos. En este sentido, creo que es una actitud muy compartida la de considerar que gran parte de esa literatura es una contribución que permite entender mejor los problemas a los que se enfrenta el constitucionalismo, pero que en realidad no consigue en absoluto resolverlos.

Antes de continuar quiero sincerarme con el auditorio de forma que quede más claro hacia donde apunto. Norberto Bobbio ha insistido especialmente en que todos los fenómenos políticos pueden ser analizados *ex parte principis* o *ex parte populi*³. Con ello probablemente trataba de significar no sólo que las cosas se ven de manera diferente si se miran desde la perspectiva de quien tiene poder político que si se miran desde la perspectiva de quien está sometido al poder político, sino algo más: que entre ambas perspectivas media una suerte de oposición dialéctica que hace difícil (si no imposible) su armonización total. Pues bien, en mi opinión, ahí está la clave principal para entender las múltiples discusiones internas del constitucionalismo. Es decir, el constitucionalismo y su componente de liberación política aminoran si se quiere las contradicciones típicas de todas las relaciones políticas, pero no las eliminan; y, en este sentido, las disputas internas del constitucionalismo no son más que una manifestación específica de un fenómeno más general (en ello radica precisamente el aire de familia al que antes me refería). O dicho de otro modo, los pares dicotómicos del constitucionalismo son susceptibles de ser interpretados en términos de manifestaciones diferentes de dos contradicciones propias de toda relación política: la primera, formulada en términos verticales, es la oposición entre la obligación política (la sujeción) y los límites a la misma (la inmunidad); y la segunda, formulada en términos horizontales o dinámicos, es la oposición entre la estabilización de las conductas políticas y jurídicas (de las expectativas) y el cambio de las mismas. Tomemos las dos propiedades con las que hemos caracterizado al constitucionalismo y analicémoslas brevemente en esta clave.

³ “A menudo he tenido ocasión de hacer notar que todo problema que interesa a la política puede ser examinado *ex parte principis* y *ex parte populi*”; БОББИО, Norberto: “La democracia y el poder invisible”, en БОББИО, N: *El Futuro de la Democracia* (Trad. J. Moreno) Plaza y Janes, Barcelona, 1985, pág. 129.

2.2.1. El constitucionalismo –hemos dicho– sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema político y jurídico. Ello confiere a los derechos un papel central de fundamentación o justificación. Ahora bien, ¿qué es lo que los derechos pueden fundamentar?. En mi opinión es claro que dos cosas⁴. En primer lugar, los derechos valen para fundamentar la obligación política. Es decir, sirven para establecer bajo qué condiciones el individuo de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado o reconocido. El poder político fundado en los derechos es poder político legítimo. Es autoridad legítima, tiene título para ordenar y lo ordenado es obligatorio. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos es una concepción de la autoridad legítima. Pero los derechos no sólo cumplen esa función de fundamentación del poder político. También sirven para fundamentar los límites del poder político, es decir, qué es lo que el poder político puede y no puede ordenar legítimamente. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos contiene una teoría de la justicia. Este doble papel de fundamentación que los derechos cumplen tanto de la obligación política como de los límites a la misma están en el centro de las discusiones del constitucionalismo, generan en el interior del mismo una suerte de tensión ineliminable, y no son otra cosa que una especificación del *ex parte principis/ex parte populi*. Los principios (morales) de los cuales se extraen los derechos que sirven para fundamentar tanto la obligación política como los límites a la misma no tienen por qué ser diferentes. No es nada nuevo decir, por ejemplo, que el principio de autonomía está tanto en la base de las formas de autoridad consideradas legítimas (el Estado de Derecho y la democracia política) como en la base de los límites a dicha autoridad (los derechos de libertad y de no exclusión social). Pero lo cierto es que a pesar de esa unidad de principios y valores la tensión entre la obligación política y los límites a la misma no es armonizable en términos estructurales o de diseño de las instituciones. Sólo es posible formular un *desideratum* en el sentido de alcanzar una relación política y jurídica respetuosa con los derechos. Ello supone que no es posible resolver la tensión en abstracto. Cualquier diseño institucional que se adopte no eliminará la necesidad de recurrir a conceptos dialécticos que apuntan a síntesis inestables: ponderación, equilibrio, etc. Un ejemplo tal vez ayude a comprender mejor lo que trato de decir. En mi opinión, no cabe encontrar en abstracto una síntesis entre el procedimentalismo y el sustantivismo. Ambas teorías, si bien se presentan

⁴ Cfr. TROPER, Michel: “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 8, 2000, págs. 541 y ss.

como opuestas, acaban necesiándose mutuamente. El desarrollo de las concepciones sustantivistas (las que ponen el énfasis en los derechos en cuanto concepción de la justicia) acaban necesitando equilibrarse con la teoría de la autoridad a través de diversas vías⁵. Y, a la inversa, el procedimentalismo acaba necesitando principios sustantivos que doten de sentido y valor a los procedimientos (autoridades) justificados. En definitiva, lo importante de aceptar la imposibilidad de resolver la tensión en abstracto es que lleva a considerar, por un lado, que los planteamientos meramente estructurales resultan siempre insuficientes y, por otro, que la apelación a conceptos inestables del tipo de “generar una práctica respetuosa con los derechos” parece exigir el desarrollo de las actitudes adecuadas.

2.2.2. La otra característica del constitucionalismo, el recurso a la forma constitucional, plantea el problema de la dualidad democrática, del paso del tiempo, de lo ya decidido que no se puede volver a decidir, de la racionalidad del precompromiso, del peso de los muertos sobre los vivos, etc. La síntesis armónica entre quienes se dieron una constitución (los muertos) y quienes están sometidos a ella (los vivos) suele expresarse en la idea de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables del sometimiento al pasado y de la ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Pero esta tensión entre estabilización de expectativas de conducta y autodeterminación de la acción política no es privativo del constitucionalismo, es común a toda relación política; aunque es cierto que en el constitucionalismo se presenta de manera especialmente manifiesta por el carácter plenamente “artificial” (deliberado) de la forma constitucional (el concepto moderno de constitución) y por el presupuesto de que la acción política racional es la acción orientada al futuro, no la acción anclada en el pasado⁶. En cualquier caso, a continuación me voy a centrar en el análisis de la noción de “resistencia constitucional” tomándola como uno de esos conceptos que expresan una síntesis relativamente inestable, que alude a un objetivo, que requiere el desarrollo de ciertas actitudes y que no resultan aprehensibles en términos meramente estructurales.

⁵ Eso es, por ejemplo, lo que me parece que le ha ocurrido a *Las piezas del Derecho*. Construida en una primera versión tomando en cuenta los principios jurídicos sustantivos, ha necesitado equilibrarse con una teoría de la autoridad por la vía de incluir lo que llaman principios institucionales. Véanse respectivamente ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona 1996 y ATIENZA, M y RUIZ MANERO, J: “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en *Doxa* nº 24, 2001, págs 115 y ss (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

⁶ WEBER, Max: *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10ª reim., 1993, pág. 20.

3. La “resistencia constitucional”

Escribe Tomás y Valiente:

“La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política [...] también como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos. Y además como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria [...] Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. Resistir es oponerse un cuerpo a la fuerza de otro, tolerando o aguantando su empuje sin romperse. La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo [...] El resultado será la duración prolongada y sin reformas [...] Dado que las reformas o son imposibles o son más o menos traumáticas, la resistencia como capacidad para asumir mutaciones sin desvirtuarse, parece una cualidad, y en el momento constituyente una finalidad digna de ser favorecida por determinadas medidas incluidas en el texto constitucional [...] que pueden servir para lograr una eficacia duradera [...] Creo que puede formularse la hipótesis de que una Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas”⁷

Más allá del párrafo reproducido, a continuación voy a tratar de caracterizar la idea de resistencia constitucional a partir de las tres siguientes notas:

a) La resistencia constitucional presupone la forma constitucional pero no equivale a la mera vigencia formal de la constitución, porque la noción de resistencia es incompatible con la de constitución meramente semántica⁸.

⁷ TOMÁS Y VALIENTE, ob. cit., pág. 639.

⁸ En referencia a la clasificación “ontológica” de Loewenstein. El “punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma [...] sino que una constitución es lo que los detentadores y los destinatarios del poder hacen de ella en la práctica [...] Solamente en este caso cabe hablar de constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”. Las constituciones son nominales cuando “la situación, de hecho, impide, o no permite por ahora la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política [...] La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella”. Y finalmente la noción de constitución semántica se refiere a aquellas situaciones en las que “si no hubiese en absoluto ninguna constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso del poder no sería notablemente diferente”. Cfr. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego), reimpresión de la 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 216- 219.

b) La resistencia constitucional tiene que ver con la rigidez constitucional en cuanto que ambas responden al objetivo de garantizar la supremacía de la constitución y de conseguir su duración a lo largo del tiempo; pero no puede reducirse a ella porque la resistencia no es sólo una cuestión de dificultar el cambio de la constitución (no es una cuestión meramente estructural).

c) La constitución resistente tiene una clara vocación normativa y/o regulativa en la que tiene que desempeñar un papel central la positivación de valores y principios constitucionales; pues, en contra de lo que a veces se afirma, “los valores y los principios constitucionalizados son normas positivas, no son música celestial”⁹.

Es decir, la resistencia constitucional está relacionada con la forma constitucional, la rigidez constitucional y la positivación de valores y principios regulativos.

3.1. Sobre la forma constitucional.

Si por constitución en sentido amplísimo entendemos el conjunto de normas fundamentales de una comunidad jurídico-política¹⁰, me parece que la idea de forma constitucional puede construirse en torno a las dos siguientes notas: una es la de codificación, el conjunto de normas fundamentales se halla codificado; y otra es la de oposición a la forma legal ordinaria, de manera que el instrumento constitucional aparece formalmente diferenciado del instrumento legal. En consecuencia, si se acepta que la legislación es el instrumento central para el cambio en un sistema jurídico-político y se toman en cuenta estas dos notas, parece claro que la constitución formal tiene una vocación de permanencia superior a la de la legalidad. En este sentido, puede afirmarse que hay una contradicción intrínseca entre constitución y continua revisión constitucional¹¹.

Estas dos notas suponen que las normas constitucionales son normas de origen deliberado y que, en este sentido, participan de muchas de las características que normalmente se predicán de las fuentes-acto:

a) Las normas constitucionales son el producto de una decisión. De la combinación del carácter de normas fundamentales y del que sean el resultado de una decisión supone que en la comunidad política que cuenta con una constitución formal hay un cierto momento 0.

⁹ TOMÁS Y VALIENTE, F: ob. cit., pág. 646.

¹⁰ Cfr. KELSEN, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” (trad. de Juan Ruiz Manero), en KELSEN, Hans: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, págs. 114-115 y GUASTINI, Riccardo: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 310 y ss.

¹¹ Cfr. KAY, Richard S.: “Constitutional Chrononomy”, en *Ratio Juris*, vol. 13, nº 1, mayo 2000.

b) La existencia de un momento 0 junto con la vocación de permanencia es lo que agudiza en el interior del constitucionalismo la tensión entre el pasado y el futuro.

c) Al ser el producto de una decisión, las normas constitucionales (como todas las normas de origen deliberado) son susceptibles de ser interpretadas como mandatos o declaraciones de voluntad relativos a la conducta futura de sus destinatarios. Este hecho es el que explica que siempre que hay una constitución formal pueda plantearse un conflicto de poder entre constituyente (llamado a extinguirse) y soberano (permanente). Obviamente la interpretación de las normas constitucionales como mandatos es una posibilidad, no una necesidad.

d) De la nota de la codificación y de la del carácter de normas fundamentales se sigue que el código pretende ser la instancia última a la que se acuda en la resolución de los conflictos a los que tiene que responder el sistema jurídico-político; esto es, pretende operar como la fuente suprema de validez jurídica y de legitimidad política. Ahora bien, dado que en la noción misma de sistema jurídico-político está inserta la idea de unidad, el código en cuestión tiene que leerse como una unidad, no como un mero agregado de normas. Es decir, el código se interpreta como un todo dotado de sentido. Cómo dotarlo de sentido no es algo que se siga del propio código y es un problema ineliminable para cualquier concepción constitucional. Si además integramos las notas antes referidas, es fácil darse cuenta de que en esa atribución de sentido hay que incluir de manera ineludible el elemento temporal.

e) Como ocurre con todas las normas que son el resultado de una decisión, la constitución formal puede tener contenidos muy diversos. Ahora bien, de lo dicho anteriormente se sigue que la decisión constitucional es una decisión relativa a qué cuenta como fundamental en la vida jurídica y política de esa comunidad. Es decir, el código opera como un criterio formal de reconocimiento de lo que es fundamental en esa comunidad. Ello hace que para el constitucionalismo como ideología se plantee inevitablemente la cuestión de qué es esencial en una constitución, porque es obvio que los criterios formales de constitucionalidad (fundamentalidad) pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes. El elemento temporal al que venimos aludiendo obviamente agudiza el problema: la teoría constitucional no puede dejar de plantearse cuánto hay de dominación y de liberación política en una constitución formal. Es decir, el problema que la teoría constitucional no puede evitar es el de los contenidos espurios y genuinos de la constitución¹². En este sentido, la interpretación de la constitución necesita abordar

¹² Cfr. LAPORTA, Francisco J.: "El ámbito de la Constitución", en *Doxa*, n° 24, 2001, págs. 459 y ss.

la cuestión de qué hacer con los contenidos que están recogidos en la forma y no deberían estar (¿cuál es su peso?) y con los contenidos que no están y deben considerarse incluidos implícitamente.

Ahora bien, vistas las anteriores características (y problemas) de la forma constitucional surge casi naturalmente una pregunta un tanto ingenua: ¿para qué la forma constitucional? La respuesta hay que buscarla, me parece, en las circunstancias políticas en las que las constituciones formales son redactadas y adoptadas

En efecto, como indica Barendt¹³, si se repasan las circunstancias políticas en las que las constituciones son redactadas y adoptadas es relativamente fácil exponer algunas ideas a propósito de para qué se dicta una constitución; esto es, de las funciones que una constitución está llamada a cumplir más allá de sus características ideológicas. Este autor destaca tres grandes circunstancias políticas en las que ha tenido lugar la adopción de una constitución formal, aunque obviamente ellas no agotan el panorama: la primera es la formación de un nuevo Estado (bien sea como consecuencia de la emancipación en relación con un régimen colonial o bien como consecuencia de la agrupación entre varios Estados existentes); la segunda, la ruptura en relación con regímenes políticos anteriores aunque no supongan un cambio en el ámbito territorial del Estado; y la tercera hace referencia a las constituciones que fueron un resultado de la derrota en la segunda guerra mundial de las potencias del eje, en particular se refiere a las constituciones de Alemania de 1949 y de Japón de 1946. Atendiendo a estas circunstancias, parece que una función que toda constitución pretende cumplir es la de establecer una comunidad política uniendo a las poblaciones de un determinado ámbito territorial en torno a nuevas formas de la acción política estatal y nuevas condiciones de legitimidad de las mismas¹⁴.

¹³ Cfr. BARENDT, Eric: *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, New York, 1998, págs. 2 y ss.

¹⁴ Otra forma de llegar a la misma conclusión es tomar en consideración el concepto positivista de constitución. Por constitución desde esa perspectiva se entiende el conjunto de normas fundamentales de una comunidad política. Pero este concepto despliega todas sus virtudes cuando funciona *ex post*, cuando se usa para explicar la unidad y permanencia de una comunidad política estable. Pues bien, la función de una constitución formal, la respuesta a la pregunta de para qué se dicta una constitución deliberada, está muy próxima a ese concepto de constitución con la diferencia de que trata de operar normativamente *ex ante*. La acción de darse una constitución adquiere pleno sentido cuando se la ve como un empeño deliberado de fundar o refundar una comunidad política, uniendo a las poblaciones de un ámbito territorial en torno a ciertas formas de acción política y ciertos criterios de legitimidad de las mismas. Con el paso del tiempo, el éxito de una constitución formal se medirá en función de que sea practicada, de que sea el factor principal que permita explicar la estabilidad, la unidad y la permanencia de la comunidad política que trataba de fundar o de refundar. Es decir, se medirá por su eficacia, por su capacidad de estabilizar la conducta política en torno a ciertas formas de acción política

Pues bien, si lo anterior es acertado, es decir, si es cierto que una función ineludible de la constitución formal es fundar o refundar la unidad de una comunidad política, entonces parece que en el proceso de redacción y aprobación de una constitución deben primar la negociación y la argumentación sobre el voto¹⁵. El ideal es el consenso y el pacto; ello obviamente no excluye el voto, pero la función ideal de ese voto no es tanto el de formar una mayoría que pueda imponerse, cuanto el de mostrar plásticamente la unanimidad alcanzada. En este sentido, puede afirmarse que siempre que alguna facción política abandona un proceso constituyente y decide actuar políticamente al margen de las formas de acción política creadas por la constitución, se produce un cierto fracaso constitucional. El que ello sea así, permite entender por qué el poder en la negociación constitucional es directamente proporcional a la capacidad que cada facción política tiene de erosionar la unidad política que pretende toda constitución. Pero, como se ha dicho anteriormente, si la constitución del constitucionalismo no puede verse como una mera función del poder político existente –incluido el poder en la negociación–, entonces el núcleo central de la discusión constitucional tiene que girar en torno a la corrección de los criterios de legitimidad que se incorporan a la constitución y el procedimiento idóneo es la argumentación racional. En toda constitución positiva pueden encontrarse fragmentos que claramente sólo son explicables como un producto del poder de negociación que alguna facción política ha ejercido durante el proceso constituyente. Piénsese, por ejemplo, en la referencia que el apartado 3 del artículo 16 de la Constitución española hace a la cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica; probablemente no haya más forma de explicarla que haciendo referencia al poder de negociación (capacidad de erosión de la unidad) de la Iglesia Católica en España. Estos fragmentos de las constituciones gene-

y ciertos criterios de legitimidad. Si bien se considera, la famosa clasificación “ontológica” de las constituciones de Loewestein –a la que ya me he referido– no es otra cosa que clasificar a las comunidades políticas que cuentan con la forma constitucional en función de que la constitución formal opere *ex post* como un factor determinante, relevante o irrelevante en la explicación de la dinámica política de la comunidad en cuestión. Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* n° 24, 2001, págs. 441 y ss

¹⁵ A propósito de esta cuestión, Max Weber sostenía que “los órdenes estatuidos [incluida la constitución] en una sociedad pueden nacer: a) por pacto libre, o b) por otorgamiento -imposición- y sometimiento” y añadía “‘Otorgada’ en este sentido es toda ordenación que no derive de un pacto personal y libre de todos los miembros. También, por tanto la ‘decisión mayoritaria’, a la que la minoría se somete. La legitimidad de esa decisión mayoritaria ha sido por eso desconocida o problemática por largo tiempo”. WEBER, Max: *Economía y sociedad*, ob. cit., págs. 40-41. En este punto, me parecen fundamentales los análisis de ELSTER, Jon: “Introduction”, en ELSTER, Jon (ed): *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, págs. 5 y ss. y de NINO, Carlos S.: *La constitución de la democracia deliberativa* (trad. Roberto P. Saba), Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 166 y ss.

ralmente coinciden con muchos de los particularismos que cada constitución incorpora. Obviamente, esto está muy vinculado a lo dicho anteriormente a propósito de que el constitucionalismo como ideología no puede dejar de plantearse el problema de cuánto hay de espurio (dominación) y de genuino (necesario o irrenunciable) en las constituciones formales. Una conciencia clara al respecto parece imprescindible para poder superar los escollos que el paso del tiempo supone para el constitucionalismo. El constitucionalismo como ideología de los derechos no puede funcionar sólo con criterios formales de identificación de los mismos y, en consecuencia, no distinguir entre privilegios y derechos. La constitución del constitucionalismo tiene que tener una clara vocación universalista, racional e imparcial; los particularismos constitucionales en la medida en que sean puras manifestaciones del poder de negociación en el momento de la redacción de la constitución, no pueden primar sobre los aspectos racionales e imparciales, pues si eso ocurre entonces difícilmente puede pensarse que una constitución supera las exigencias del constitucionalismo. Ahora no puedo detenerme en ello, pero lo anterior apunta a que la constitución no puede verse como un mandato ni como un contrato, y si eso es así, no hay parece demasiado espacio para la interpretación subjetiva o intencionalista de la constitución. No hay una voluntad que desentrañar en el sentido de la voluntad del legislador (teoría intencionalista de la interpretación de la ley) ni de la voluntad de las partes contratantes (teoría intencionalista de la interpretación de los contratos)¹⁶.

3.2. *Sobre la modificabilidad de las constituciones. La oposición entre constituciones rígidas y flexibles.*

Como es sabido, la oposición entre constituciones rígidas y flexibles —que tan afortunada ha resultado— es debida a Bryce. El punto de partida de este autor es la descalificación de la clasificación tradicional entre “constituciones escritas” y “constituciones no escritas”. A partir de ahí, sostiene que el criterio relevante radica en la relación que “cada Constitución mantiene con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta”¹⁷. De esta forma llamará constituciones flexibles a las más antiguas y que se caracterizarán por no establecer ninguna **distinción formal** entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. Cita como ejemplos la de Roma del s.II a.c. y la Británica. En este sentido escribe:

¹⁶ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa* nº 23, 2000, págs. 161 y ss. y ZAGREBELSKY, Gustavo: “Storia e costituzione”, en ZAGREBELSKY, G., Portinaro, P. P. y LUTHER, J (compiladores): *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, págs. 76 y ss.

¹⁷ BRYCE, James: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Est. Preliminar de Pablo Lucas Verdú), CEC, Madrid 1988, págs. 6 y 7.

“[...] en Inglaterra las llamadas leyes constitucionales sólo difieren de las otras leyes por la materia, pero no son de jerarquía superior en modo alguno. Cada una de estas leyes, aunque todas, sin excepción, estén comprendidas en la denominación de Constitución británica, puede ser modificada en cualquier momento por la autoridad legislativa ordinaria, como cualquier otra ley [...] Entre una ley para la construcción de un ferrocarril entre Manchester y Liverpool y otra ampliando el sufragio electoral a todos los cabezas de familia o aboliendo la Iglesia episcopal protestante en Irlanda, no existe diferencia alguna respecto a la forma o al grado de su autoridad”¹⁸

“[Frente a ellas, son constituciones rígidas] las del tipo más moderno [en las que] las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria”.¹⁹

La teoría constitucional contemporánea ha incorporado esta clasificación como un instrumento compartido, aunque es común también introducir algunos matices en relación con la misma. Así, suele considerarse que la terminología usada por Bryce tal vez no es la mejor, porque mientras que en el lenguaje natural los términos flexible/rígido hacen referencia a una propiedad continua o graduable, él los usa en un sentido no graduable. La flexibilidad es una propiedad todo o nada: si en un sistema político-jurídico no hay diferencias de procedimiento ni autoridad entre una ley ordinaria y una ley “constitucional”, entonces la constitución de ese sistema es flexible; si la hay, ya es rígida. También es común considerar que la clasificación tiene que enriquecerse para permitir dar cuenta de la distinción entre constituciones rígidas y constituciones inmodificables (en todo o en parte). Según ello, la oposición conceptual en realidad debería ser trimembre, donde la flexibilidad fuera una propiedad no graduable (todo o nada); la rigidez, una propiedad graduable; y la inmodificabilidad o rigidez absoluta, una propiedad no graduable (todo o nada). Finalmente, también se ha matizado la clasificación en el sentido de que la rigidez efectiva de una constitución no depende sólo ni fundamentalmente de las dificultades o exigencias formales previstas en una constitución, sino más bien de otros factores vinculados con la realidad política concreta de cada comunidad de referencia²⁰.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 12.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 13.

²⁰ En este sentido, como ha resaltado Víctor Ferreres, la rigidez efectiva de una constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destaca como factores de los que depende la rigidez los siguientes: a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; b) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma; y c) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico, social. Así menciona como variables relevantes las siguientes: a) el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados

En este punto, antes de proseguir, conviene llamar la atención sobre algunas cuestiones. En primer lugar, la clasificación de Bryce está construida a partir de la noción de “modificabilidad de la constitución”; de manera que son flexibles las constituciones modificables por ley ordinaria, mientras que son rígidas las que no son modificables por ley ordinaria. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la clasificación de Bryce remite a la noción de “forma constitucional” (o constitución formal) como opuesta a la noción de “forma legal” y ello parece sugerir que hay una conexión conceptual entre rigidez constitucional y forma constitucional²¹.

Y, en tercer lugar, la cuestión que me parece más importante, el grado de rigidez constitucional está vinculado con el aspecto o la dimensión constitutiva de las constituciones formales. Tratemos de explicarlo brevemente. En toda constitución formal pueden distinguirse al menos tres dimensiones. Presenta una dimensión constitutiva dado que la constitución **crea** las formas básicas de la acción política y jurídica –básicamente órganos y procedimientos–, pues como es sabido la acción política y jurídica en el marco del Estado nunca es una acción natural –o amorfa–, sino acción institucional. Tiene también una dimensión regulativa porque **regula** acciones como obligatorias, prohibidas o facultativas, es decir, contiene normas regulativas que imponen deberes a ciertos sujetos normativos. Y, finalmente, tiene una dimensión valorativa pues la constitución **reconoce** valores y principios que, por un lado, dotan de sentido a las formas de acción creadas por la misma constitución y, por otro, operan como razones justificativas de los

sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más fácil será reformar una constitución); b) el papel simbólico que desempeñe la constitución (por ejemplo, en España la reforma de la Constitución es una especie de tema “tabú”); c) el papel que juegan las tradiciones políticas (es posible que muchas de ellas pueden ser conservadoras, en el sentido de que las razones para proceder a la reforma deban ser de mucho peso); etc. Cfr. FERRERES COMELLA, Víctor: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa*, nº 23-2000, págs. 29 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>)

²¹ En otro lugar he sostenido la conexión conceptual entre las nociones de constitución formal (o de forma constitucional como opuesta a la idea de forma legal) y la de constitución rígida. Y, así he afirmado que un sistema jurídico político cuenta con la forma constitucional cuando se dan las dos siguientes condiciones: 1. el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; y 2. el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. De la conjunción de ambas se sigue una tercera y es que 3. la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes. Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* nº 24, 2001, págs. 441 y ss. Ahora bien, un comentario crítico de Víctor Ferreres me hizo ver la posibilidad de introducir la distinción entre forma constitucional y forma legal a partir simplemente de la desactivación del principio de *lex posterior* para la ley constitucional. Es decir, impidiendo la derogación tácita de las normas constitucionales y exigiendo su derogación expresa. Tal vez esta posibilidad obligue a revisar la referida conexión conceptual.

deberes impuestos por la constitución. Este es, por cierto, el papel que en las constituciones del constitucionalismo político siempre se atribuyó a los derechos. Pues bien, lo importante de lo anterior radica en darse cuenta de que la noción de rigidez constitucional debe ser aprehendida tomando en cuenta fundamentalmente la dimensión constitutiva de las constituciones; de manera que la rigidez dependa de las formas de acción creadas por la constitución para producir el cambio constitucional. Cuanto más exigentes sean esas formas de acción creadas por la constitución (más instituciones tengan que pronunciarse, mayores sean las mayorías previstas, etc.) más rígida será la constitución. Si se mira así la cuestión, entonces es fácil percatarse de que la rigidez poco tiene que ver con prohibiciones y permisiones²², y mucho con facilidades y/o dificultades (es decir, con probabilidades) para (de) producir resultados institucionales que supongan cambios del texto constitucional.

A partir de todo lo anterior, es posible proponer una reinterpretación de la clasificación de Bryce que la haga trimembre y que distinga tres tipos de sistemas constitucionales: sistemas con una constitución flexible, que no incorporan la forma constitucional y admiten la forma legal ordinaria como medio (forma de acción) para cambiar la constitución; sistemas con una constitución rígida, que incorporan la forma constitucional y hacen posible el cambio de la constitución formal (la rigidez es una cuestión de grado, el cambio resultará más o menos probable en función de cuán exigentes sean las formas de acción previstas); y, finalmente, sistemas con una constitución absolutamente rígida o inmodificable (en todo o en parte), que incorporan la forma constitucional y no prevén ninguna forma de acción para la modificación (en todo o en parte) de la constitución formal.

3.3. Sobre el carácter regulativo de las constituciones. La oposición entre constituciones abiertas y cerradas.

La expresión “constitución abierta” puede interpretarse de múltiples maneras; sin embargo aquí voy a referirme exclusivamente a dos²³, aunque luego –como se verá– descartaré una de ellas. “Constitución abierta” se usa, en primer lugar, para designar a aquellas constituciones (o concepciones de la constitución) que permiten (en términos regulativos) la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la propia constitución reconoce como funda-

²² En este punto el lector podría pensar que estoy ignorando el papel que cumplen las llamadas cláusulas de intangibilidad que normalmente se interpretan en términos de prohibición del cambio de alguna parte de la constitución, pero –como se verá algo más adelante– en realidad me parece que la operatividad normativa de dichas cláusulas se traduce en exigencias de lealtad y aceptación, más que de prohibición del cambio.

²³ Tomo estos dos sentidos de Francisco Javier Díaz Revorio: *La constitución como orden abierto*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997 Págs. 3 y ss.

mentales y permiten también el cambio de los mismos, siempre y cuando dicha defensa y modificación se hagan respetando los medios (procedimientos o formas de acción) que la propia constitución prevé u ofrece. Frente a ellas, “cerradas” serán las constituciones (o concepciones de la constitución) que no permiten (en términos regulativos) esa defensa de valores contrarios a la constitución y, por tanto, tampoco la modificación de los mismos (lo que se ha llamado democracia militante). Esta forma de entender la oposición entre constituciones abiertas y constituciones cerradas, es decir, construyéndola a partir de la idea de modificabilidad de la constitución en términos regulativos, no resulta interesante para los propósitos de este trabajo porque, entre otras cosas, se asemeja demasiado a la oposición entre constituciones rígidas y flexibles. En este sentido, no es difícil mostrar que aquí la clasificación podría hacerse también trimembre y distinguir entre constituciones que **permiten, toleran o prohíben** el cambio de los valores constitucionales. Pero más allá de esta proximidad, en mi opinión, las prohibiciones (en términos regulativos) del cambio de los valores constitucionales en realidad no operan tanto como mecanismos normativos vinculados a la reforma de la constitución, cuanto como mecanismos normativos cuya operatividad se traduce en exigencias de lealtad y aceptación de la constitución. Obviamente el grado de aceptación de los valores constitucionales que se exige a jueces, formaciones políticas y ciudadanos es diverso; pues bien, la función normativa que acaban por cumplir las cláusulas que prohíben (repito, en términos regulativos) la modificación de algunos valores constitucionales consiste centralmente en la posibilidad normativa de prohibir (ilegalizar) formaciones políticas que no asuman dichos valores. Es claro que todo ello tiene una extraordinaria relevancia política, pero queda fuera del alcance de este trabajo.

La oposición abierta/cerrada predicada de las constituciones sí resulta interesante para nuestros fines cuando se construye no en torno a las ideas de “modificabilidad/inmodificabilidad de las constituciones”, sino de “desarrollo/aplicación de las constituciones”. Así, una constitución regulativa será abierta cuando permite (en términos regulativos) desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí que son la plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma de la constitución. Por el contrario, serán cerradas las constituciones que al tener un fuerte perfil político e ideológico no permiten (en términos regulativos) desarrollos ideológicos diferentes entre sí sin previamente proceder a la modificación de la constitución. Naturalmente el juicio sobre el carácter abierto/cerrado de una constitución puede ir referido a toda la constitución o a algunas de sus normas en particular. En general, todas las constituciones positivas contienen normas cerradas y normas abier-

tas. Por ejemplo, y sin necesidad de explicar ahora dónde radica la clave para formular estos juicios, todo el mundo aceptaría que la Constitución española es cerrada por lo que se refiere a la pena de muerte (no es posible desarrollar un programa legislativo de política criminal que la incluya sin reformar la constitución) y es abierta por lo que se refiere al derecho a la educación (cabén desarrollos legislativos muy diferentes entre sí). En cualquier caso, aquí la oposición abierta/cerrada interesa no tanto para abordar cuestiones de dogmática constitucional, ni para clasificar constituciones, cuanto para oponer dos concepciones diferentes de la constitución; porque tomada así es relevante a la hora de determinar el rol normativo que una constitución debe desempeñar en el interior de un orden jurídico. De este modo, propugnar el modelo de la constitución abierta supone afirmar que el rol normativo que la constitución debe desempeñar en el interior del orden jurídico es el de orientar todos los procesos de creación y aplicación del Derecho; todos esos procesos serán vistos como actos de desarrollo constitucional. Ser partidario de la constitución abierta es, en definitiva, ser partidario de una constitución que requiere desarrollo y que, por tanto, supone que el resto del orden jurídico es una concreción, una determinación de las guías constitucionales. Por el contrario, ser partidario de una constitución cerrada, es ser partidario de una constitución que requiere sólo ejecución o aplicación, de donde se sigue que el rol normativo que la constitución juega en el interior del orden jurídico es si se quiere más intenso, pero desde luego mucho menos expansivo. Allí donde la constitución es aplicable su rol normativo resulta definitivo, su aplicación es todo o nada; pero esa intensidad se traduce en irrelevancia de la propia constitución para el resto del orden jurídico.

En cualquier caso, parece haber una cierta conexión entre, por un lado, constitución abierta, desarrollo constitucional e imprecisión constitucional, y, por otro, constitución cerrada, aplicación de la constitución y precisión constitucional. Pues bien, estos dos pares parecen poner en dificultades la posibilidad de una constitución regulativa. En efecto, no han sido pocos los autores que han recelado de las posibilidades regulativas de muchos estándares y conceptos constitucionales, pues, se dice, están formulados en un altísimo nivel de abstracción y su significado es objeto de permanente controversia. La desconfianza hacia este tipo de conceptos ha sido compartida también por autores que en principio no han mostrado objeciones radicales hacia la constitución regulativa, pero sí han sostenido que las constituciones deberían evitar el uso de términos valorativos, tales como justicia, libertad, etc. En este sentido, Kelsen vendría a sostener algo así como que la operatividad regulativa de una constitución era directamente dependiente de la claridad de sus mandatos, pues de ello dependería la posibilidad de emitir juicios de inconstitucionalidad o no. La eficacia regulativa de una

constitución como de cualquier otro texto dependería de su claridad²⁴. Pero ello lleva inexorablemente, me parece, al problema que representa el paso del tiempo para la forma constitucional. En este sentido creo que acertaba Hayek al sostener que “una norma general que todo el mundo obedece, a diferencia de una orden verdadera, no presupone necesariamente una persona de la que haya emanado [...] Sin embargo [...] a medida que su contenido se hace más específico, la leyes se transforman gradualmente en órdenes”²⁵. Es decir, cuanto más precisa sea una norma constitucional, más se asemejará a los mandatos y mayores dificultades supondrá en términos de tiranía del pasado.

Pero vayamos por partes. Parece que la resistencia constitucional está vinculada con la constitución abierta y ello obliga a enfrentar el reto del carácter regulativo de los estándares imprecisos (“la positivación de valores y principios constitucionales”).

²⁴ En este punto, no me resisto a reproducir por extenso un pasaje en el que Kelsen muestra todas sus reticencias hacia tales conceptos y/o principios: “Precisamente en esta circunstancia de que la consideración o la plasmación de estos principios, a los que nadie [...] ha podido hasta ahora dotar de un contenido medianamente unívoco, no tiene ni puede tener en el proceso de creación del Derecho, por las razones anteriormente indicadas, el carácter de una aplicación del Derecho en sentido técnico, se encuentra la respuesta a la cuestión de saber si pueden ser aplicados por una jurisdicción constitucional [...] Las fórmulas en cuestión [equidad, libertad, igualdad, justicia, moralidad, etc.] no tienen, pues, de forma general, un gran significado. No añaden nada a la realidad efectiva del Derecho.

Sin embargo, estas mismas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, etc. como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. Ello no obstante [...] no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde un punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante [...] del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible”. KELSEN, Hans: *Ibid.* págs. 142 y ss.

²⁵ HAYEK, Frederik A.: *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960, págs. 149-150, citado por SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos*, ob. cit., pág. 406.

4. Constitución abierta, (im)precisión constitucional y acuerdos incompletamente teorizados

En términos generales suele considerarse que una constitución democrática y regulativa tiene que ser “abierta” para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas que operan a su amparo. En este sentido, parece que la constitución abierta tiene que ser una constitución relativamente imprecisa. La cuestión de la imprecisión de los textos normativos es un tema central de la teoría de la interpretación jurídica y –como es obvio– la interpretación de la constitución (cómo deben leerse las constituciones) es un problema ineludible para todas las concepciones de la constitución. Las causas de la imprecisión de los textos normativos en general han sido ampliamente estudiadas y son bastante bien conocidas. Los problemas de ambigüedad (semántica, sintáctica y contextual), de vaguedad (intensional, extensional, combinatoria, gradual, etc), de “textura abierta” constituyen un lugar común sobre el que aquí no quiero insistir. Estos problemas se proyectan sobre la teoría de la interpretación jurídica en general y alcanzan también a la interpretación de la constitución. Hay, sin embargo, dos causas de imprecisión de los textos normativos que, si bien no son privativas de las constituciones, en ellas se presentan de manera tan acusada que hacen que la interpretación de la constitución presente peculiaridades que no pueden extenderse a toda la interpretación jurídica. Me refiero, por un lado, a la presencia masiva en las constituciones de los llamados conceptos valorativos, polémicos (o esencialmente controvertidos) y, por otro, a los conflictos entre estándares constitucionales, entre principios constitucionales. La primera suele plantearse como una cuestión semántica (de significado), la segunda, como una cuestión sistemática. Aquí voy a referirme exclusivamente a la primera, a los conceptos valorativos, polémicos o esencialmente controvertidos; la cuestión de la ponderación de principios está más allá de los propósitos de este trabajo, pero estoy convencido –aunque aquí no puedo detenerme en ello– de que, en realidad, debe abordarse como una prolongación o extensión de la primera.

Antes he dicho que las constituciones reconocen cosas, básicamente derechos, principios y valores. No cabe duda de que esas cosas reconocidas por las constituciones están formuladas generalmente en un altísimo nivel de abstracción y, por consiguiente, son objeto de permanentes controversias sobre su significado. Controversias que no afectan sólo a la periferia del concepto, sino que en muchas ocasiones parece que dichos conceptos no tienen ningún núcleo de claridad compartido. Ello ha llevado a no pocos juristas –formados en los esquemas clásicos del imperio de la ley– a pensar que esos conceptos al ser tan imprecisos y conflictivos no pueden dar lugar a lecturas realmente regulativas de las constituciones (“son música celestial”).

Sea como fuere, no cabe duda de que la presencia en las constituciones de conceptos como los arriba indicados representa un problema para el constitucionalismo regulativo.

Marisa Iglesias, recogiendo las contribuciones de Gallie, Waldron y Hurley, ha caracterizado los conceptos centralmente contestados a partir de las cuatro siguientes notas²⁶. En primer lugar, se trata de conceptos evaluativos, es decir, de conceptos que se utilizan para asignar valor a acciones y a estados de cosas. En segundo lugar, son conceptos complejos; ello supone no sólo que su caracterización requiere la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que además su uso exige la formulación de teorías de forma que se definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. La libertad, la igualdad, la dignidad, etc. no son aplicables al margen de una concepción de las mismas. En tercer lugar, son conceptos que tienen un carácter argumentativo, es decir, suelen estar envueltos en una permanente controversia. Ello en realidad no es más que una consecuencia de lo anterior, al ser conceptos cuya operatividad depende de una concepción, su aplicación supone siempre desplegar una actividad argumentativa destinada a persuadir de la corrección en el uso del concepto. Y finalmente son conceptos funcionales, es decir, son conceptos que son usados para canalizar las disputas acerca de las cuestiones socialmente más relevantes; operan como el punto de “encuentro” (la arena, el ring, el foro, la cancha) en el que se ventilan las disputas políticas fundamentales. Por ello, del mismo modo que en el ring no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado. Se trata de conceptos que tienen una carga emotiva tan intensa que nadie con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede renunciar a su uso. Se trata de entrar en el ring y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social, y ello desemboca siempre en la formulación de concepciones del concepto en cuestión²⁷.

²⁶ IGLESIAS VILA, Marisa: “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa* nº 23-2000, págs. 77 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

²⁷ Lo que aquí se acaba de decir respecto de los conceptos centralmente controvertidos no puede resultar extraño a cualquier jurista acostumbrado a leer y a participar en las frecuentes y eternas discusiones relativas a las “naturalezas jurídicas” de las instituciones. Más allá del hecho de que esas discusiones tienden a estar presididas por un sinfín de enredos y a ocultar los términos sobre los que realmente versan, en lo arriba expuesto están dadas las claves para la comprensión de las mismas. Las discusiones a propósito de las naturalezas jurídicas son discusiones normativas destinadas a aclarar el alcance de un concepto o institución; para ello se trata generalmente de determinar qué propiedad dentro del conjunto de propiedades que caracterizan al concepto o institución opera como propiedad “rectora” (la que determina su “esencia

Si pensamos en los ejemplos que puse antes de “cosas reconocidas” por la constitución (libertad, seguridad, igualdad, soberanía popular, democracia, etc.) se verá que todos ellos encajan perfectamente dentro de esta caracterización. Todos ellos son conceptos valorativos, sirven para asignar y negar valor a acciones y estados de cosas; no pueden usarse sin formular una teoría o una concepción de los mismos, no cabe extraer consecuencias normativas de esos conceptos sin articular una concepción porque nunca operan aisladamente –unos remiten a otros– y hay que establecer prioridades entre sus propiedades; son argumentativos, presuponen un cierto contexto discursivo en el que la palabra y la persuasión son el medio y el fin centrales; y, finalmente, nadie renuncia a su uso y, en consecuencia, nadie aceptaría una estipulación de significado como forma de zanjar una disputa a propósito de ellos.

Si ello es así, si resulta que nuestras constituciones están saturadas de conceptos en torno a los cuales no hay posibilidad de definir un núcleo compartido, no hay nada parecido a un núcleo de claridad, entonces parece difícil que de las cláusulas constitucionales puedan extraerse guías regulativas de la conducta. Pero no conviene adelantarse en las conclusiones. En otro lugar he sostenido que una buena concepción de la constitución debe de ser capaz de dar cuenta de (y dotar de sentido a) la diferencia entre “darse una constitución” y “vivir en constitución”²⁸. La distinción viene ahora a cuento por lo siguiente. Lo que desde la perspectiva de la interpretación constitucional muchos teóricos han calificado de “conceptos esencialmente controvertidos”, desde la perspectiva de la redacción de una constitución se

o naturaleza” y que permite definir prioridades entre esas propiedades); son claramente argumentativas, se trata siempre de ofrecer razones en favor de una determinada interpretación; y, finalmente, vienen a constituir el “ring” en el que las diferentes ideologías jurídicas ventilan sus disputas. Ahora bien, si las semejanzas entre las disputas a propósito de las naturalezas jurídicas y a propósito de los conceptos centralmente contestados me parecen manifiestas, no menos claras son sus diferencias. Las dos que en mi opinión resultan más acusadas son las siguientes: En primer lugar, las discusiones sobre las naturalezas jurídicas si bien versan sobre la teorización completa de una institución, tienen un ámbito operativo bastante restringido; es decir, las consecuencias normativas que pueden inferirse afectan generalmente tan sólo a la periferia de la institución en cuestión, el núcleo común a todas esas teorizaciones es relativamente amplio. Ello supone –a diferencia de lo dicho respecto de los conceptos centralmente controvertidos– que el uso de esas instituciones en la mayoría de casos no exige siempre una teorización de la misma. En segundo lugar, el carácter de conceptos fundamentales para el orden jurídico de los conceptos constitucionales que en el texto se han caracterizado como “esencialmente controvertidos” los convierte –si se quiere decir así– en conceptos “transcendentales” en el sentido de que atraviesan o recorren todos los demás conceptos jurídicos. Ello supone que una teorización completa de los mismos tiene una fuerza expansiva extraordinaria, genera un sinfín de consecuencias jurídicas.

²⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep: “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* nº 24, 2001

ve como “acuerdos incompletamente teorizados”. Si se es capaz de dotar de sentido a la formulación de tales acuerdos, entonces probablemente venga de suyo el sentido que haya que atribuir a los “conceptos esencialmente controvertidos”.

Si se acepta que la constitución del Estado constitucional no puede verse como una mera función del poder político existente en un momento determinado, es decir, como la pretensión de perpetuar una cierta dominación política, entonces parece que el momento constituyente debe interpretarse otorgando una cierta prioridad al discurso y al consenso (al reconocimiento de los criterios de legitimidad) frente a la negociación y el voto (manifestaciones de poder político). Si ello es así, entonces surge la pregunta clave en esta cuestión: ¿cómo es posible que en sociedades complejas y pluralistas, donde conviven concepciones del bien y de la justicia claramente divergentes entre sí, con un alto potencial de conflicto, etc., se alcance un acuerdo en torno a ciertas formas de acción y a ciertos criterios de legitimidad consistentes en valores y principios? La respuesta a esta pregunta creo que puede ayudar bastante a superar algunas de las perplejidades que los llamados conceptos esencialmente controvertidos han planteado a la teoría de la interpretación constitucional.

Cass Sunstein ha propuesto una respuesta que me parece que arroja bastante claridad²⁹. Su respuesta consiste básicamente en reconocer que con mucha frecuencia la gente puede llegar a acuerdos sobre prácticas constitucionales, derechos y valores fundamentales incluso estando en un desacuerdo profundo sobre las concepciones de la constitución y/o las concepciones de esos derechos y valores. El vehículo a través del cual el constitucionalismo es posible no es otro que lo que él llama “los acuerdos incompletamente teorizados”. Estos acuerdos tienen la virtud de silenciar aquello en lo que se está en real y radical desacuerdo y explicitar aquello en lo que se está de acuerdo. El acuerdo se alcanza a veces mediante procesos de abstracción y a veces mediante procesos de concreción, pero lo relevante es huir de aquello que radicalmente separa a los que participan en la convención constituyente. Por ejemplo, a veces en las constituciones se pueden encontrar normas que constituyen un acuerdo bastante concreto y cerrado y sin embargo es perfectamente posible que sea un acuerdo incompletamente teorizado. Es decir, que las razones por las cuales los participantes creen que una determinada práctica debe estar prohibida o debe estar permitida pueden diferir radicalmente. Pensemos por ejemplo en la prohibición constitucional de la pena de muerte. Es perfectamente posible que se alcance un consenso

²⁹ En el desarrollo de este punto sigo a SUNSTEIN, Cass R.: “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, en *Ratio iuris*, vol. 13, nº 1, Mayo-2000, págs. 117-130.

respecto a su prohibición y que sin embargo se dé un desacuerdo radical respecto a las razones por las que se considera ilegítima la pena de muerte. El acuerdo por concreción tiene la virtud de silenciar el desacuerdo sobre los principios más generales.

En otras ocasiones, el acuerdo se alcanza mediante la operación inversa; es decir, en lugar de descender conceptualmente se trata de ascender. Por ejemplo, un asunto especialmente conflictivo en casi todos los estados constitucionales es el del aborto; por lo que resulta prácticamente imposible generar un consenso en torno al mismo. De ello se sigue que la empresa de pretender constitucionalizar una solución normativa respecto del aborto esté probablemente llamada al fracaso. Una buena estrategia para alcanzar el acuerdo es silenciar el desacuerdo sobre el caso concreto y acordar respecto de los principios más generales a partir de los cuales cada uno de los participantes cree poder inferir la solución concreta que le parece correcta. Obviamente ello supone que el acuerdo respecto de esos principios generales es un “acuerdo incompletamente teorizado”. Ahora bien, que esos principios abstractos o más generales no estén teorizados no significa que no tengan cada uno de ellos un núcleo concreto y compartido de casos claros amparados por esos conceptos generales. Pensemos en el derecho a la vida, la libertad personal, la dignidad de la persona, etc. como principios relevantes en materia de aborto y a partir de los cuales, según cómo se teoricen, pueden alcanzarse soluciones diferentes; el que ello sea así, efectivamente muestra su carácter de incompletamente teorizados, pero ello no quita para que respecto de cada uno de ellos haya a su vez casos concretos compartidos; ejemplos claros, paradigmáticos y, por tanto, compartidos de atentados contra el derecho a la vida, contra la libertad personal y contra la dignidad de la persona³⁰.

Los “acuerdos incompletamente teorizados” tendrían la virtud de permitir alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es necesario y hacer innecesario alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es imposible. Desde esta perspectiva las constituciones serían una gran explicitación respecto de lo que estamos de acuerdo y un silencio elocuente respecto de lo que nos enfrenta. Naturalmente los silencios de una constitución no consiguen eliminar para el futuro el conflicto ideológico subyacente, pero sirven para poner en

³⁰ José Juan Moreso, remitiéndose a Quine, ha insistido particularmente en la idea de que si no hubiera casos paradigmáticos no habría concepto. En este sentido, ha escrito: “Podemos decir que un concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto”. MORESO, José Juan: “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, en *Doxa* n°23.

el primer plano el consenso básico a partir del cual puede construirse una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa³¹. Como es obvio toda constitución además de “acuerdos incompletamente teorizados” tiene que establecer formas de acción política a partir de las cuales puedan desarrollarse esos acuerdos. Los acuerdos alcanzados por abstracción suelen desembocar en conceptos esencialmente controvertidos y, por ello requieren de procedimientos de determinación, es decir, de formas de acción política y jurídica que permitan concretar aquello que la constitución silenció. O dicho en otros términos, requieren de procedimientos que permitan pasar de los principios constitucionales a las reglas jurídicas; pero de nuevo, en este punto, lo fundamental es que estos procedimientos tendrán que tener un perfil netamente discursivo. Detrás de la idea de “democracia deliberativa” –tan en boga en los últimos tiempos– se encuentra precisamente eso. El valor de la democracia no proviene sólo del hecho de que sea un mecanismo de agregación de preferencias (eso en sí ya es relevante por cuanto es una forma de combatir la exclusión política), cuanto de que lo que se agreguen sean preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses o preferencias de todos. Aunque no puedo detenerme en ello, tengo la impresión de que en muchas ocasiones cuando se recela de las relaciones entre constitución regulativa y democracia, no se atiende suficientemente al hecho de que la deliberación relevante requiere

³¹ Nótese que la presencia de conceptos “polémicos” es propia del ámbito de lo político, del ámbito en el que se manifiesta el conflicto político; en este sentido es en el que decía que podían verse como el ring en el que se ventilaban las principales disputas político-sociales y que por ello su indeterminación nunca se resolvía mediante una estipulación de significado. Ahora bien, en este punto me interesa llamar la atención sobre el hecho de que la interpretación de los mismos como acuerdos incompletamente teorizados opera como un factor de integración (resalta aquello en lo que se está de acuerdo) y permite generar una práctica política centralmente discursiva. Todo ello resulta congruente con la visión del constitucionalismo que aquí se está tratando de transmitir. Ahora bien, también es cierto que sin una conciencia clara de los males que el constitucionalismo trata de combatir no hay constitucionalismo posible y ello supone inevitablemente límites a la integración. En este sentido, más allá del arbitrarismo y del voluntarismo que destila, creo que en el siguiente párrafo Schmitt se encuentran no pocas bases para una semántica de los conceptos esencialmente controvertidos: “[...] todos los conceptos, ideas y palabras poseen [en el ámbito de lo político] un sentido *polémico*; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura [...] etc. resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar, y refutar con tales términos”. SCHMITT, Carl: *El concepto de lo político* (trad. R. Agapito), Alianza, Madrid, 1991, págs. 60 y 61.

consensos básicos y que por tanto no puede verse a la democracia como un simple mecanismo de agregación de preferencias³².

Si en relación con los acuerdos incompletamente teorizados alcanzados por abstracción la idea de desarrollo constitucional requiere de procedimientos de determinación, en relación con los acuerdos alcanzados por concreción requiere de procedimientos de incorporación. En efecto, la presencia de normas constitucionalmente cerradas, tales como la prohibición de la pena de muerte, supone básicamente que se trata de reglas inderrotables en ese sistema jurídico; que tienen un carácter tan básico que no cabe respecto de ellas ninguna deliberación que pudiera desplazarlas. De ello se sigue que respecto de los casos que esas reglas (generalmente prohibitivas) regulan sólo cabe aplicación de la constitución, no desarrollo. Ahora bien, a partir de ellas es posible construir razonamientos por analogía (lo que implica que presuponemos principios subyacentes) y si ello es así, quiere decir que aquí también tiene sentido hablar de desarrollo constitucional. Nada impide, por ejemplo, argumentar que las penas consistentes en privar de la integridad física mediante amputaciones están excluidas constitucionalmente por los mismos principios subyacentes que llevaron a prohibir la pena de muerte. Lo relevante de ello radica en que las normas constitucionales cerradas cierran la deliberación respecto de los casos por ellas reguladas pero la abren en relación con aquellos casos que son susceptibles de ser incorporados tomando el caso regulado por la regla como paradigma³³.

³² En este punto, tal vez convenga aclarar que las tensiones entre constitución regulativa y democracia sólo se observan en la medida en que se considere a la democracia en términos participativos de los ciudadanos (bien como simple agregación de preferencias, bien como agregación de preferencias transformadas tras una deliberación), puesto que si se la ve exclusivamente en términos de un sistema destinado a la selección competitiva de las élites gobernantes, entonces no se observa esa tensión. En este sentido, me parecen esclarecedoras las siguientes palabras de Sartori: “La única forma conocida de construir un sistema político que no sea opresor es despersonalizar el poder, colocando a la ley por encima de los hombres. Pero el lazo que une la libertad y la ley nunca ha sido tan precario como hoy. Cuando la supremacía de la ley se disuelve en la supremacía de los legisladores, se abre la vía, al menos en principio, a la más sutil forma de opresión: la que se ejerce ‘en nombre de la ley’. Y el remedio es, a mi juicio, el retorno al Estado constitucional con una conciencia renovada. No existe nada legalista en esta tesis porque, según mi razonamiento, la libertad política es la que sirve de apoyo a la legalidad, y no viceversa. Lo que sirve de protección de nuestras libertades en el momento presente son los ‘derechos’, no la ley como mera forma en la que los juristas confían; y nuestros derechos son la constitucionalización de una libertad negativa [...] En este sentido y bajo estas condiciones [...] sólo un sistema constitucional entendido como un instrumento regulador impersonal (no el poder popular como tal) han sido y todavía son los guardianes de las sociedades libres”. SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos* (trad. S. Sánchez González), Alianza, Madrid, 1988, págs. 408-409.

³³ La persistencia de los desacuerdos (o la posibilidad sólo de acuerdos incompletamente teorizados) que desembocan siempre en procedimientos de determinación y de incorporación

5. De nuevo sobre la resistencia constitucional: tiranía del pasado y práctica constitucional

El propósito central del epígrafe anterior ha sido el de superar determinadas perplejidades que suscita a los juristas la idea de interpretación de la constitución regulativa por la vía de considerar que si tiene sentido alcanzar acuerdos incompletamente teorizados, tiene que tener sentido interpretar conceptos esencialmente controvertidos. El origen de las perplejidades se encuentra en abordar la cuestión con la mentalidad del jurista formado en torno a la idea de imperio de la ley, pues la presencia en las constituciones de conceptos esencialmente controvertidos (de principios constitucionales, en definitiva) hace que el razonamiento jurídico-constitucional no pueda ser en muchos casos directamente subsuntivo. En mi opinión, el sentido regulativo de tales conceptos y/o principios constitucionales sólo se ve claro si se asume que el sentido de darse una constitución es el de fundar una práctica constitucional orientada por principios y valores. No se trata por tanto de que la norma constitucional resuelva *ex ante* todos los problemas y/o conflictos que puedan surgir, sino más bien de que la constitución oriente la solución de todos esos problemas. En algunos casos la constitución cerrada exige consistencia respecto de todas las normas del orden jurídico, se trata de aquellos casos en los que cabe hablar de aplicación o ejecución de la constitución, pero en todos los ámbitos en los que la constitución resulta abierta reclama desarrollo. Las perplejidades que genera la interpretación de las constituciones se disuelven en gran medida si uno se aproxima a la cons-

ha llevado a Waldron a considerar que el constitucionalismo ha olvidado que toda regla de decisión colectiva acaba siendo siempre una regla de decisión estrictamente procedimental, es decir, que desemboca siempre en una cuestión de autoridad. A partir de ahí, extrae algunas de sus conclusiones en contra del constitucionalismo y la *judicial review*, dado que la democracia es la forma de autoridad más justificada. Cfr. WALDRON, Jeremy: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 13, nº1, págs. 32-33. En relación con los procedimientos de determinación, Bayón le ha criticado el que éstos sean inevitables, pues en su opinión dependen de la forma que asuman las restricciones sustanciales incorporadas al procedimiento. Así, ha sostenido que "el procedimiento de determinación es inevitable cuando las restricciones sustanciales han sido formuladas en forma de principios, pero es superfluo si se formulan en forma de reglas precisas [...] El problema no es, en realidad, sólo el de los desacuerdos entre unos y otros, sino también el de la *indeterminación* de nuestras propias concepciones acerca del contenido y los límites de las restricciones sustanciales que queremos que sean respetadas por cualquier regla de decisión: las formulamos en forma de principios no sólo porque a mayor vaguedad mayor posibilidad de aceptación general, sino también porque *no sabemos ser más precisos* sin correr el riesgo de comprometernos con reglas frente a las que, si se aplican estrictamente, nosotros mismos daríamos marcha atrás, en circunstancias que no somos capaces de establecer exhaustivamente por adelantado". BAYÓN, Juan Carlos: "Diritti, democrazia, costituzione", en *Ragion Pratica*, 1998, nº 10, págs. 58-59; también en *Discussiones* nº I-2000, págs. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

titución formal como un documento fundacional de una práctica orientada por principios y valores, en lugar de aproximarse a ella como un documento normativo en el que se hallan las respuestas a todos los problemas jurídico-políticos que puedan surgir. Si bien se considera, este planteamiento no trata de ser más que una aplicación de lo dicho anteriormente a propósito de que la expresión “continuidad de una práctica constitucional” se presenta como una síntesis armónica que permite eludir los términos indeseables de sometimiento al pasado y de ausencia de garantías de los derechos (de estabilización de expectativas relativas a los derechos).

En efecto, toda concepción de la constitución tiene que dar respuesta al desafío que representa la tiranía del pasado. En mi opinión, el problema es irresoluble en la medida en que uno se aproxime a la constitución formal como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Es decir, si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de imposición que cierra la deliberación, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien, si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores tal conclusión ya no es obvia. Ello es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro; y, en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser una acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una acción simplemente anclada en (o motivada por) la simple obediencia al pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúan bajo una constitución tienen que ver el proceso constituyente (y en consecuencia aceptarlo) como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y, así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores. Ello, en mi opinión, es fundamental para poder afirmar —en frase que ha hecho fortuna— que “la constitución pertenece a las generaciones vivas”³⁴. Esta es la razón por la que, en mi opinión, hay que insistir en la idea de que los constituyentes “reconocen” valores, no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se “reconozcan” en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los “teoricen” de maneras distintas a como los hubieran teorizado los “padres fundadores”. Lo que dota de continuidad a una constitución es la orientación, no precisamente los contenidos concretos. En la medida en que las generaciones vivas “reconozcan” también los valores incorporados a la constitución (aunque —repito— tal vez los teoricen

³⁴ RUBIO LORENTE, FRANCISCO: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1997.

de maneras diferentes) la estabilidad de esa constitución está, me parece, garantizada. La clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores.

Tal como se vio anteriormente, la resistencia constitucional de la que hablaba Tomás y Valiente es una versión de esa síntesis armónica a la que antes me he referido en los términos de “continuidad de una práctica constitucional”, pues al final se trata de hacer posible la perdurabilidad en el tiempo evitando los costes y los traumas sociales que comporta la reforma constitucional (haciéndola innecesaria) y evitando a su vez la deslegitimación que supone el que las generaciones presentes se queden ancladas en mandatos de las generaciones pasadas. Ello –en la reinterpretación que he intentado aquí– se puede alcanzar a partir de una adecuada combinación de rigidez en el aspecto constitutivo por lo que se refiere a las formas de acción previstas para producir el cambio constitucional (dificultad para el cambio del texto constitucional) y de apertura en el aspecto regulativo (adaptabilidad del texto constitucional al cambio político)³⁵. En mi opinión, más allá de la cuestión del punto adecuado de equilibrio que hace resistentes a las constituciones, es importante darse cuenta de que si se asume el reto que supone para el constitucionalismo el problema de la tiranía de las generaciones pasadas, entonces quien sea partidario de una constitución regulativa se ve constreñido a moverse en una función que relaciona la rigidez y la apertura constitucionales. Esta función vendría a determinar que a medida que se incrementa la rigidez constitucional tiene que incrementarse su apertura regulativa. Obviamente ello no implica reducir el problema a una cuestión meramente estructural del diseño de las instituciones, supone también el desarrollo de las actitudes adecuadas.

Para terminar y tomando en cuenta la función que relaciona la rigidez y la apertura creo que pueden mostrarse cuatro modelos teóricos claramente incompatibles con el *desideratum* de la resistencia constitucional. En efecto, si se toma, por un lado, la flexibilidad absoluta como punto mínimo de la rigidez (0) y la inmodificabilidad como punto máximo (10) y, por otro, el cierre absoluto (es decir, normas que sólo cabe aplicar, no desarrollar) como punto mínimo de la apertura (0) y la ausencia de guía regulativa de la conducta como punto máximo apertura (10), entonces es fácil ver que si se admite el problema del peso del pasado sobre el presente, a medida que

³⁵ Sobre la relación entre rigidez y abstracción, véase Ferreres COMELLA, Víctor: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa*, nº 23-2000, págs. 29 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

se aumenta la rigidez (se dificulta el cambio) debe aumentarse la apertura (facilitarse la adaptación). A partir de ahí, pueden destacarse cuatro modelos de actitudes frente al constitucionalismo que me parecen relevantes y que, en cierto sentido, vendrían a representar alguna forma de desviación frente al constitucionalismo resistente propugnado por Tomás y Valiente. Son los siguientes:

a) El primer modelo vendría dado por aquellos que se sitúan en el punto (0,0), es decir, partidarios de una normativa completamente flexible (modificable) y cerrada (sólo ejecutable); vendrían a representar el **anticonstitucionalismo legalista**, pues negarían legitimidad a la forma constitucional en favor de la legislación: el punto 0 de rigidez implica que no hay diferencia formal entre legislación y constitución y el punto 0 de apertura implica todas las ventajas derivadas del imperio de la ley (gobierno *per leges* en el sentido de reglas).

b) El segundo modelo vendría dado por aquellos que se sitúan en el punto (0,10), es decir, partidarios de una normativa completamente flexible (modificable) y completamente abierta y que los podríamos llamar **judicialistas radicales (o también particularistas extremos)**; negarían la forma constitucional y afirmarían una legislación de valores o principios de manera que las reglas jurídicas sólo fueran un producto del Derecho del caso, del Derecho de los jueces (vendrían a ser los partidarios del gobierno de los hombres).

c) El tercer modelo sería el de aquellos que se sitúan en el punto (10,0), es decir, partidarios de la inmodificabilidad de una constitución cerrada y que vendrían a representar lo que podría llamarse el **fundamentalismo constitucional sustantivista**, pues estarían defendiendo que se formularan derechos inderrotables, inmutables (tanto expansiva como restrictivamente) e inmodificables.

d) Y el cuarto modelo sería el de aquellos que se sitúan en el punto (10,10), es decir, los partidarios de la inmodificabilidad absoluta de una constitución puramente procedimental y completamente abierta (sin guías sustantivas de conducta); este modelo representaría lo que podría llamarse el **fundamentalismo constitucional procedimentalista**.



DOXA 26 (2003)
