

## EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO PROFESIÓN <sup>1</sup>

*Antonio Pereira Menaut*

*Sumario: I. Introducción; II. ¿A quién?; III. ¿Qué?; IV. ¿Cómo? (programa y método); V. ¿Hacia dónde vamos? Apuntes sobre líneas de investigación y conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

«Profesión» y «profesor» vienen de la misma raíz: «declarar en público» aunque el paso del tiempo haya ido diferenciando los significados. Al fin y al cabo, ser profesor de Derecho Constitucional consiste, en cierto modo, en pasarse la vida dando clases, estudiando, investigando, confrontando opiniones y enseñando a otros a investigar. O, con otras palabras, consiste en dedicar uno sus años activos a cuatro actividades básicas: leer, pensar, hablar y escribir sobre la Constitución. Leer para formarse uno mismo y mantenerse al día, para preparar las clases y conferencias, para investigar; leer los trabajos de otros, colegas o estudiantes; leer para supervisar la labor de los que se inician en la investigación. Hablar: en clases y seminarios con los estudiantes y en conferencias, hablar con los colegas en congresos y encuentros académicos, hablar de cosas nuevas o hablar repitiendo, conversar con los que preparan sus tesinas y tesis, comunicarse y escuchar. Y escribir mucho, sobre todo para la investigación pero también para la docencia. Al llegar el momento de la jubilación muchos profesores han escrito casi tanto como un escritor; ellos mismos han

---

<sup>1</sup> Basado en mi artículo «Enseñar Derecho Político», en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso 31, 1978, pp.67-103.

sido, en cierto modo, escritores, así como también pensadores y lectores, y oradores, profesionales de la expresión oral en una de sus modalidades. Y todo ello tanto en la docencia como en la investigación, pues la dedicación universitaria a esta disciplina, como a otras, tiene esas dos facetas básicas. En esta ocasión nos vamos a referir más a la primera porque la investigación, por razones obvias, no se deja apresurar fácilmente en un trabajo de esta índole.

Así que aquí trataremos de presentar una visión de la asignatura universitaria antes llamada en España y en Hispanoamérica, «Derecho Político» o, últimamente, «Derecho Constitucional», intentando responder a las tres preguntas clásicas de a *quién, qué y cómo*. O sea: a qué tipo de estudiante se dirige la enseñanza, qué se va a enseñar y, en cuanto al cómo, el programa y método docente (y de investigación). En estos momentos la variedad e inestabilidad de los planes de estudio en que figura esta materia (Derecho, Sociología, Ciencias Políticas, más las diversidades que van de una facultad a otra dentro de la misma carrera) hace que tengamos que limitarnos a planteamientos generales. Aunque basadas en la experiencia de las universidades concretas donde el autor ha prestado sus servicios, estas proposiciones son ahora ofrecidas en la esperanza de que su interés, si tienen alguno, sirva de modesta ayuda para hacer frente a los actuales problemas de nuestra disciplina. Y esos problemas, aunque afectados por lugar y tiempo como todo lo jurídico y lo político, distan mucho de ser cuestiones meramente locales, ni aun nacionales. Para terminar se señalan también las líneas de investigación que, a juicio del autor de este proyecto, se abren hoy ante el constitucionalista.

El autor tiene que comenzar por reconocerse más influenciado por las tendencias angloamericanas que por las francesas, italianas y alemanas, lo que le aleja un poco de las posturas académicas tradicionales en el mundo de habla española. Los conceptos de Constitución y Derecho empleados aquí son los siguientes (formulados de modo breve y no muy preciso): se entiende por Constitución ante todo un freno al poder, por medio del Derecho, garantizando a los ciudadanos sus derechos y libertades. En sentido estricto es diferente de otras

figuras afines, como la ley fundamental, que es más antigua y borrosa<sup>2</sup>. Se entiende por Derecho un repertorio de soluciones de conflictos basadas, en definitiva, en criterios de justicia natural, a menudo procedimentales, y producidas por quienes tienen la *prudencia iuris*, sobre todo los jueces, pero sin excluir la legislación, las *regulae iuris* y las opiniones de los autores. Siendo la Constitución la sumisión de los asuntos políticos al Derecho, el Derecho Constitucional, aparecería, idealmente, cuando fuera posible resolver jurisdiccionalmente los conflictos políticos.

## II. ¿A QUIÉN?

Esta cuestión no es muy diferente de la pregunta: ¿qué debe aprender el alumno de Derecho Político en una facultad de Derecho? Y, más general, ¿qué debe saber en otras facultades donde nuestra disciplina también es enseñada? La respuesta que demos ayudará a configurar el programa y el método. Parece razonable, pues, interrogarnos acerca de cuál sea la finalidad de esta materia académica.

Las posibles respuestas son varias y dependen, entre otras cosas, de la facultad donde se vaya a impartir la enseñanza, del plan de estudios que esté en vigor, e incluso de la asignatura concreta –por ejemplo: no es lo mismo explicar Derecho Autonómico Gallego que explicar Derecho Constitucional General–, todo lo cual relativiza el alcance de lo que aquí se diga.

Con todo, hay que tener presente que nuestra mayor carga docente sigue estando en Derecho. Así, entre otras respuestas: ¿debemos

---

<sup>2</sup> Cfr. Bastid, P., *L'idée de Constitution*, París, 1985, p.13, pp.59-63. La idea de ley fundamental parece ser de los siglos XV-XVI. Era muy imprecisa: Bastid dice que no es sino «unas reglas consuetudinarias a las que todo un movimiento de comentaristas busca asegurar un valor más elevado que el de las otras» (13). Sí tiene algún parentesco con la idea de Constitución: el ser un derecho por encima del gobernante; también entroncan con la visión historicista y consuetudinaria de la Constitución. En la aceptación de unas leyes fundamentales está una de las diferencias entre el antiguo absolutismo y el moderno totalitarismo.

formar profesionales, funcionarios para el Estado o políticos activos? En España, el decreto de 11 de septiembre de 1858 que aprobó el plan de estudios inmediatamente posterior a la Ley Moyano, consideraba al Derecho Político como base de la Administración y a los estudiantes de Derecho –las licenciaturas de Sociología y Ciencias Políticas no existían entonces– como aquellos que científicamente se preparaban para la Administración Pública, a los cuales, naturalmente, dispensaba de adquirir conocimientos no utilitarios, como el Derecho Romano. Aunque discutible, ya tendríamos una primera respuesta: formar funcionarios sería nuestra finalidad docente. Ahora bien: si se trata de formar funcionarios, el contenido de la disciplina no tendría que ser otro que el Derecho Público (no sólo Constitucional) vigente en cada momento, según una orientación del tipo de la alemana de Laband.

Otra respuesta la dio el decreto de García Alix de 1900, que separó definitivamente el Derecho Administrativo del Político, y que probablemente haya sido inspirado por el profesor D. Adolfo Posada. En él se lee que «las Facultades de Derecho no han tenido ni tienen en España otro carácter que el de Escuelas Profesionales» que no imparten «la ciencia por la ciencia», y que han de formar a los que, «adornados de los conocimientos constitutivos de la verdadera política, investiguen según las circunstancias, la razón de Estado y la salud del pueblo, y puedan en lo venidero dirigir los destinos de la Patria» formando «estadistas» (eso último sólo en una de las secciones de la Facultad que –no podía ser de otra manera– había de tener su sede en Madrid).

Llama la atención la ingenuidad idealista aquí reflejada, como si el sistema educativo fuera capaz de producir políticos igual que dentistas, en una escuela profesional existente sólo en la capital. La idea de que los investigadores hayan de ser estadistas parece emparentada con el conocido párrafo platónico sobre la necesidad de que los reyes sean filósofos y los filósofos, reyes, parentesco no casual por los ascendientes krausoginerianos de Posada. También se da por supuesta una «verdadera política» práctica –¿cuál sería la falsa?– cognoscible por vía libresca como si fuera la Gramática Española

del antiguo bachillerato. En cierta contradicción se propugna además un carácter profesional que podría dar lugar a un enfoque formalista y legalista similar al del citado Laband, que el propio Posada estaba lejos de asumir, y que tendría el inconveniente de prescindir de los aspectos valorativos sin los cuales se esfuma el *telos* de la Constitución.

Por otra parte, desde un punto de vista práctico, en la realidad tampoco es ésta la única perspectiva que inspiró hasta ahora los planes de estudios de las facultades de Derecho (para no mencionar los de las otras), los cuales generalmente seguían respetando la existencia de asignaturas no muy legalistas: Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Natural o Filosofía del Derecho.

Una tercera respuesta sería la que podríamos denominar, con no mucha precisión, «solución mejicana»: nuestra misión como profesores de esta materia sería formar expertos en leyes, buenos conocedores del ordenamiento positivo vigente, con particular hincapié en los aspectos más necesarios para el foro, como los procesales. A menudo este tipo de estudiante está ayuno de cultura jurídica de altos vuelos, y sus estudios de Derecho Político o Constitucional, así enfocados, no tienden a inspirarle una mentalidad constitucionalista digna de mención. Al término de sus carreras han estudiado con detalle el amparo, con excelentes manuales, pero les parece tan natural como la lluvia que un partido político se perpetúe en el poder o que tomen carta de naturaleza otras corruptelas constitucionales diversas. Pero sería erróneo creer que este defecto se da sólo entre los legalistas. También existe una versión judicialista de ese positivismo, que se da en los USA a causa de la combinación del *case method*, el hiper-pragmatismo y el llamado *legal realism*. Con este planteamiento se descuidan la ciencia y las teorías generales, la atención se concentra en aprender a ganar pleitos, y el tipo de estudiante que se produce llega a veces al poco edificante modelo de los *hired guns* <sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. Stith, Richard T., «Can practice do without theory? Differing answers in western legal education», ponencia en el **Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado**, Pekín, 1992.

Quisiera someter a la consideración de los lectores la siguiente respuesta a la pregunta que encabeza el epígrafe: cuando se imparta esta disciplina en Derecho deberemos formar juristas; cuando se imparta en otras facultades, como Sociología, deberemos, además de explicar la Constitución, tender a la formación de hombres cultivados antes que expertos. Como es lo más frecuente, hablaremos a continuación de la formación de juristas.

Pero, ¿qué es un jurista? En la época en que Kant mantuvo la disputa de las facultades, el maestro de Königsberg argumentaba, entre otras cosas, que los profesores de Letras debían disfrutar de libertad de cátedra porque sus enseñanzas en cierto modo no servían para nada, no eran útiles, no formaban profesionales sino hombres cultivados. Al contrario de lo que ocurría en las facultades superiores, que eran Teología, Medicina y Derecho, ellos no impartían conocimientos que habilitasen para un oficio funcional o ejercicio profesional concreto como litigar o curar enfermedades <sup>4</sup>.

La realidad hoy es diferente. Por un lado, nuestra carrera no habilita para algo concreto, excepto la inscripción en un colegio de abogados, ni forma profesionales especializados en una rama jurídica:

«Es cierto que siempre hemos tenido conciencia, todos, de que la enseñanza universitaria del Derecho no habilitaba directamente –ni podía hacerlo– para el ejercicio de cualquier profesión jurídica, sino que se requería para ello un ulterior aprendizaje especial... Pero nos parecía también a todos que la formación teórica elemental de los cinco años del estudio universitario facilitaba esa ulterior preparación especial, y, sobre todo, una cierta cultura jurídica general que se consideraba como necesaria para la dignidad de un “letrado” propiamente dicho» <sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Kant, Emmanuel, **El conflicto de las facultades**, trad. esp., Buenos Aires, 1963, pp.30-45. Kant menciona otro aspecto que no creo que pueda sostenerse en las facultades de Derecho de hoy: «al jurisconsulto no sería justo pedirle que compruebe la verdad y la justicia de (las) leyes, ni que las defienda contra las objeciones de la razón. Pues (...) las ordenanzas establecen lo que es justo y (...) los jurisconsultos tienen que rechazar (...) toda investigación que tienda a averiguar si estos reglamentos mismos son justos» (30). Sobre la libertad de cátedra ver también D’Ors, 1985, 314.2.

<sup>5</sup> D’Ors, Álvaro, «Cuarenta años después (Una reflexión sobre la crisis de la Universidad)», conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Santiago en 1984, reproducida en Domingo, R., **Teoría de la auctoritas**, Pamplona, 1987, p.283.

Por otro lado, la evolución de las demás carreras superiores y la general trivialización de los estudios universitarios ocurrida en diversos países, entre ellos España, han dado lugar, por contraste, a que el plan de estudios que había hasta ahora en Derecho descollara por haber mantenido, además de sus defectos tradicionales, una amplitud de planteamientos y una capacidad formativa cada día más difíciles de encontrar en las universidades actuales.

Así que el jurista –para no mencionar el sociólogo, el politólogo o el periodista, que también estudian Derecho Constitucional– no es el leguleyo, ni el funcionario del Estado, ni el profesional del foro o de la empresa, ni el político, aunque pueda ser todo ello además de jurista. Dentro de las tres personalidades weberianas dominantes correspondientes a sendas legitimidades y tipos de dominación, nuestro jurista encajaría más en el modelo del hombre cultivado que en el del experto, para no referirnos al hombre carismático. La realidad misma, las necesidades del sistema establecido y el desempleo se encargarán de que la mayoría de nuestros estudiantes abandonen ese modelo, si alguna vez lo han acogido conscientemente, pero aún así parece que nuestros planes de estudios, considerados en conjunto, no ofrecen mucho fundamento para encajar al estudiante de Derecho Constitucional en ninguna de las otras dos personalidades descritas por Weber. O, como lo dice D’Ors con otras palabras, el jurista es un «letrado», producto de una «Universidad literaria» como oficialmente se llamaba la compostelana, entre otras <sup>6</sup>. Y por lo que se refiere a las necesidades del sistema establecido, habría que preguntarse hasta qué punto los profesores deberíamos ceder a las demandas del *stablishment*; grave cuestión que no puede ser resuelta ahora. Baste recordar la idea de Bernard Shaw de que para que haya progreso es necesario que existan inconformistas, hombres «no razonables». Ciertamente, el Estado y el mercado no nos piden letrados sino gestores y ejecutivos, y los estudiantes iletrados que ahora nos envían el

---

<sup>6</sup> Cfr. D’Ors, *op.cit.*, pp.295-297.

bachillerato y los *mass media*, quieren en su mayoría ser lo segundo <sup>7</sup>, pero no creemos que en este punto debamos ceder, entre otras razones porque el Derecho Constitucional no admite fácilmente degradarse a manual de conocimientos prácticos para ejecutivos.

Nos estamos pronunciando, por tanto, por el hombre cultivado como objetivo principal de la docencia universitaria en general, y especialmente en carreras de humanidades o ciencias sociales. Cabe mucha discusión acerca de ello, pues aquí están involucrados grandes temas como el de los principales modelos de Universidad: el anglosajón tendente a producir *gentlemen*, el alemán, formador de científicos, y el napoleónico, preparador de funcionarios estatales; o el aludido tema de la relación entre universidades y sociedades <sup>8</sup>. Como no es posible ahora entrar en tales controversias aduciré algunos argumentos prácticos en favor de mi posición.

- a) El primero es que, cualesquiera que sean nuestras posiciones teóricas sobre los mencionados problemas, la experiencia nos demuestra que, tras finalizar la carrera, lo que los estudiantes retienen es más una actitud o *formae mentis* que unos contenidos concretos, salvo la privilegiada minoría que disfruta de una excelente memoria.
- b) En el momento de recibir la licenciatura los alumnos en general, incluso los mejores, no están en condiciones de ejercer ningún oficio o profesión en concreto y necesitan un período adicional de aprendizaje práctico. Su aprendizaje teórico o formativo ordinariamente se termina con la licenciatura, y de ahí que debemos insistir en él.

---

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Cfr. en general, Halsey, «The changing functions of Universities», en **Education, Economy and Society**, Halsey-Floud-Anderson Eds., Nueva York, 1971, pp.456-465. Sobre los modelos de Universidad, véase Ben-David, Zloczower, *et al. passim*.

- c) Otro aspecto señalable, relacionado con la acusación de Von Kirchmann en su conferencia sobre el carácter no científico del Derecho, es que durante la vida profesional de nuestros estudiantes pueden producirse grandes cambios jurídicos, sociales y económicos, cuantitativos y cualitativos; *ergo* hay que intentar formar buenos juristas antes que buenos conocedores de la concreta legalidad vigente. Así nos ha ocurrido en España a los profesores de Derecho Político (ahora Constitucional) de mi generación: fuimos estudiantes bajo el régimen del General Franco, pasamos luego a vivir con una Constitución –y precisamente una Constitución normativa directa, con sus peculiares repercusiones en el ordenamiento jurídico– y después nos integramos en la C.E.E., con todos los cambios jurídico-políticos que ello implica. En otro plano, hemos pasado de un Derecho Constitucional todavía basado en un decimonónico acuerdo fundamental, a otro que tiene que sobrevivir y operar en medio del difícil panorama que Habermas llama «la pérdida de la confianza en sí misma de la cultura occidental»<sup>9</sup>.

Si en medio de tales cambios no nos encontramos completamente desarmados por la perplejidad, ello se debe, al menos en el caso de quien escribe estas líneas, a que al estudiar entonces Derecho Político recibimos una sólida enseñanza no basada en el estudio de la concreto vigente, sino en una Teoría del Estado y en un Derecho Constitucional que, por clásicos, han resultado capaces de dar respuestas a situaciones tan diferentes como las que nos ha tocado estudiar y enseñar. Por aquí desembocamos en una verdad general nada nueva: que la cultura, la capacidad de síntesis y la flexibilidad mental, en las humanidades o ciencias sociales, no son un ornamento *ad pompam vel ostentationem*, sino cosa bien práctica.

---

<sup>9</sup> Habermas, Jürgen, «Sobre la pérdida de confianza en sí misma de la cultura occidental», en *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, No. 3, 1984. pp.7-23.

Si las cosas son así, lo que importa es que nuestros alumnos sepan Derecho Constitucional, que tengan mentalidad de juristas, que estén sólidamente enraizados en una sabiduría constitucional fundamentadora que les permita enfrentarse a los grandes cambios jurídico-políticos que les tocará vivir. Tal planteamiento –los profesores de Derecho Constitucional debemos contribuir a la formación amplia de juristas (o sociólogos, o politólogos) a través de una o varias disciplinas de un plan de estudios– puede ayudarnos a concretar, porque, si nuestro objetivo es precisamente formar juristas, podemos deducir que el contenido del programa no puede ser sólo ni principalmente Teoría del Estado, ni Sociología Política, ni Teoría Política, ni Historia de las Ideas Políticas. Partiendo de la base de que el jurista es, en principio, una persona comprometida con el Derecho –no con la ley ni con el Estado– y con la Constitución, el objeto principal del programa podría ser: «Las relaciones, ordinariamente no pacíficas, entre Derecho y Política y su plasmación en la Constitución vigente».

Ése sería el hilo conductor de la asignatura y su justificación, pues en una Facultad de Derecho siempre será necesaria alguna disciplina que explique al alumno esas tensas relaciones entre Derecho y Política. Cuando la materia sea impartida en una facultad de Sociología, Ciencias Políticas u otra, el mencionado hilo conductor puede mantenerse, aunque reciba otros matices del contexto. Así, en el caso de Sociología, habría que explicar al estudiante la disciplina haciéndole ver que la Constitución no es una planta sin tierra; pero nótese que esto es más un cambio de enfoque que de contenido.

### **III. ¿QUÉ?**

#### **1. La Disciplina**

La siguiente cuestión es la correspondiente a la materia a impartir: el Derecho Político o Constitucional. Y así topamos con el problema del nombre: ¿«Político» o «Constitucional»? En España esta polémica sobre los nombres, que a veces reflejaba diferentes concepciones,

cobró impulso desde la aprobación de la Constitución en 1978, y hoy puede deducirse que la denominación «Derecho Constitucional» ha triunfado, como puede verse en los nuevos planes de estudios. En Hispanoamérica, en cambio, las materias de «Derecho Político» mantienen en general buena salud, a veces coexistiendo con «Derecho Constitucional».

Seguramente, lo mejor hubiera sido no desencadenar una *lis de verbis*. Además, si se tratara de exigir purismo en los nombres, podría resultar que otras venerables asignaturas, como el Derecho Civil, no saliesen mejor paradas. En las humanidades y ciencias sociales es corriente que las palabras no sean unívocas y que los conceptos se designen con denominaciones discutibles, como ocurre con «Constitución» y «Estado», por cierto. Finalmente, recordemos que la **Teoría Constitucional de Marshall** comienza señalando, tras las huellas de Austin y Maitland, que «Derecho Constitucional» no es una expresión enteramente satisfactoria ni libre de críticas <sup>10</sup>.

«Derecho Político» o «Derecho Político Constitucional» es una típica denominación dieciochesca como «Economía Política» o «Constitución Política» (como si hubiera constituciones no políticas). No es muy precisa, pero es amplia y está acrisolada y, como veremos, no necesariamente ha de considerarse opuesta a «Derecho Constitucional». Su consagración tuvo lugar en el Ateneo de Madrid en unas conferencias pronunciadas por Donoso, Alcalá Galiano y Pacheco <sup>11</sup> aunque en los planes de estudios españoles esa denominación no fue reconocida hasta más tarde. «Derecho Constitucional», en cambio, es una expresión más moderna <sup>12</sup>, que en este uso español habitual aludiría a una depuración de los antiguos contenidos sociológicos e

<sup>10</sup> Marshall, Geoffrey, **Constitutional Theory**, Oxford, 1980, 3 ss.

<sup>11</sup> Garrorena, Ángel, **El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía Liberal**, Madrid, 1974, pp.63-167; Portero, José Antonio, «Algunas cuestiones en el Derecho Político español 1875-1900», en **Revista de estudios políticos**, No. 18, 1980, pp.71-100, esp. pp.74-75.

<sup>12</sup> El Derecho Constitucional como ciencia no puede ser antiguo porque supone una noción precisa de Constitución. Concretamente, es del siglo XIX. Cfr., entre otros, García Pelayo, «Derecho Constitucional», en **Nueva Enciclopedia Jurídica**. Seix, Barcelona, 1950; Crosa, «Diritto Costituzionale», **Novissimo Digesto Italiano**, Turín, 1957.

históricos de la asignatura para estudiar sólo, o principalmente, la Carta Magna vigente con un enfoque jurídico, a menudo normativista.

Hagamos un poco de historia. Bien sabido es que el Derecho Constitucional ha pasado en España por muchos avatares desde su nacimiento en el siglo XIX. Primero, la falta de estabilidad política y de tradición constitucional; durante la Restauración, la influencia negativa del Krausismo, que descuidaba el Derecho y la Política; en general, la misma efemeridad de las constituciones. Después, el régimen franquista, ciertamente no muy constitucional; en los años sesenta, las modas de la Sociología Política y, ya en la democracia, la polémica suscitada cuando el Ministerio separó el Derecho Constitucional de la Ciencia Política. Hoy, posiblemente por primera vez en la historia de España, el Derecho Constitucional está consolidado, así que los actuales problemas son menores: la reacción pendular contra el antiguo sociologismo, incurriendo quizá en formalismo y positivismo excesivos, y un gran problema de crecimiento. (A los problemas que previsiblemente nos depara el futuro, que no son de poca monta, nos referiremos al final). Paremos mientras ahora brevemente en los problemas del movimiento pendular del sociologismo al formalismo (en alguna ocasión, al administrativismo).

Hace años, un sociologismo a todas luces excesivo propendía a inundarnos en un mar de objetos, métodos y *formae mentis* procedentes de ciencias no jurídicas, de las que destacó la Sociología Política o *Political Science*. Coincidieron en esta tendencia las modas académicas internacionales y, en España, el carácter no constitucional del régimen político, lo cual no favorecía el desarrollo de los estudios jurídico-constitucionales. Ese sociologismo que volatilizaba lo jurídico, cuando no también lo político, fue contestado en su día por autores como Johnston<sup>13</sup> o, en España, Tomás Villarroya<sup>14</sup>. Pero no parece que estas posturas representen hoy un peligro grande.

---

<sup>13</sup> Johnston, «A Defense of Public Law», *Political Studies*. XVI, 1968, pp.384-392.

<sup>14</sup> Tomás Villarroya, Joaquín, «El jurista ante la nueva Ciencia Política», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*, Valencia, 1974, vol.II, pp.437-452.

Más recientemente nuestra disciplina ha sido objeto de otros ataques, desde el formalismo legalista que repudia toda consideración cultural, social o política al estudiar normas jurídicas –y las constituciones son normas– hasta los que parecen ver al Derecho Constitucional y al Administrativo como ramas de un mismo tronco, argumentos presentados ya en los años sesenta por Gallego Anabittarte bajo el germanizante pabellón del Derecho Público general o *Staatsrecht*. La polémica entre los ilustres profesores García de Enterría<sup>15</sup> y Lucas Verdú<sup>16</sup> es todavía relativamente reciente, por lo que no necesita ser reproducida. Pero la discrepancia del Derecho Constitucional con el *Staatsrecht* responde, probablemente, a divergencias no accidentales, pues para la citada escuela alemana, el Estado es el eje conceptual de todo lo relacionado con el Derecho y la Política, y de ahí las denominaciones como la del conocido libro de Laband, «Derecho estatal del *Reich* alemán» (Laband, *Das Staatsrecht...*). La prueba de la profundidad de la discrepancia del Derecho Constitucional con el *Staatsrecht* está en la misma Alemania, donde los constitucionalistas actuales –Hesse, Badura, Kriele y otros– han producido una floración del Derecho Constitucional bajo un enfoque que no guarda demasiado parentesco con lo que había antes de 1949.

Por el contrario, el eje conceptual del Derecho Político o Constitucional más bien debe ser –parece lógico– la Constitución en que se concretan. Si partiéramos de bases como las de *Staatsrecht* tendríamos que admitir que tan estatal como el Constitucional es el Derecho Administrativo, y –¿por qué no?– el Tributario, si el argumento es llevado al extremo. Es concebible un Derecho Constitucional no estatista, pero no un «Derecho estatal del *Reich* alemán» no estatista. El Derecho Administrativo es estatista por definición: coincide con el Constitucional en muchos de sus grandes

---

<sup>15</sup> García de Enterría, Eduardo, Prólogo a *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*; «El Derecho Constitucional como Derecho», pp.7-20.

<sup>16</sup> Lucas Verdú, Pablo, «El derecho Constitucional como Derecho Administrativo», en *Revista de Derecho Político*, No. 13, 1982, pp.7-20.

temas, pero los estudia con una óptica diferente, y a veces contraria. En el Derecho Privado, tradicionalmente, las relaciones entre los sujetos eran de igualdad horizontales; en el Derecho Administrativo, como en todo planteamiento estatista, verticales: en el Derecho Constitucional se recurre (no por casualidad) a la antigua horizontalidad, precisamente porque se trata de apejar al poder de su pedestal, de acuerdo con unas ideas de origen iusprivista según las cuales debe haber igualdad entre las partes ante un juez imparcial que aplica normas que no han sido dictadas por ninguno de los litigantes.

Bajo una constitución como la española actual, idealmente el Derecho Administrativo debería desarrollar y aplicar el Constitucional en lo que se refiere a la administración pública, con lo que desaparecería la oposición entre ambas ramas jurídicas. Sin embargo, como saben todos los que tienen alguna experiencia de abogado o juez, la realidad dista mucho de eso, y el Derecho Administrativo sigue lleno de prácticas Y corruptelas —e incluso de disposiciones de rangos inferiores— contrarias a la Constitución. Es verdad que el enfrentamiento entre Administrativo y Constitucional no es ahora alarmante, hasta el punto de que teóricamente no lo hay. Pero también es verdad que cuando descendemos al terreno concreto, sigue siendo frecuente encontrar los dos enfoques profundos, radicales, el constitucionalista y el administrativista, que siguen caracterizándose en el fondo por partir el uno del derecho del ciudadano y el otro de la preeminencia de la administración. Si miramos hacia atrás observamos un progreso en la igualación de la administración con el ciudadano y en la sumisión al Derecho —que en eso consiste la constitucionalización del Derecho Administrativo—, pero si miramos adelante, hasta los más optimistas tendrán que admitir que la plena igualdad no se vislumbra ni el horizonte lejano.

En la práctica el ciudadano está en una posición notablemente desventajosa frente a la administración pública, en particular si ésta es la parte demandada —y ello después de catorce años desde la aprobación de la Constitución y cerca de cuarenta desde que comenzara la jurisdicción de la actividad administrativa. Pero esto nos llevaría ahora a otros desarrollos en los que no podemos entrar en este trabajo.

Pero el Estado, en todo caso, aparte de su originario carácter anti-constitucional, no es un valor absoluto, y hoy menos que nunca. Sobre todo en países pequeños o medios, como España, se han alcanzado altos niveles –económicos, sociales, culturales, y, últimamente, jurídicos y políticos– de relativización del Estado. Así que es la propia realidad la que nos obliga a enseñar un Derecho Constitucional que no gire en torno al Estado ni explique la Constitución desde una perspectiva estatista. Es necesario, además, que nuestra disciplina sea capaz de hacer frente a las transformaciones, formales y no formales, internacionales e internas, ya que debemos explicar hoy a los estudiantes.

Otro aspecto a considerar es el que sigue. Podría resultar que el excesivo sociologismo y el formalismo legalista, no obstante su oposición, invocarían argumentos con raíces más comunes que lo que a sus respectivos defensores agradaría. Ciertamente que al sociologismo molestaba lo jurídico de nuestra asignatura mientras que al administrativismo molesta lo político, pero ambos tienen en común el atacar algún elemento esencial sin el cual el Derecho Constitucional dejaría de ser lo que es, bien por abdicar de lo jurídico, bien por abdicar de lo político; se convertiría en otra materia –Sociología Política, *Political Science*, Derecho administrativo– sin duda interesante pero distinta. No obstante, en el caso español, es preciso reconocer que los actuales desarrollos constitucionales nos alejan más del sociologismo que de los formalismos jurídicos, pues a partir de la aprobación de la Constitución, nuestra tarea consiste en estudiar una norma jurídica, aunque sea una norma tan peculiar que no tiene equivalente en todo el resto del ordenamiento jurídico. Pero no aparece indiscutible que nuestra materia deba reducirse a estudiar las normas vigentes, porque ello acabaría convirtiéndola en un estudio para funcionarios más que para juristas. Las normas jurídico-públicas vigentes tanto pueden ser constitucionales como anti-constitucionales sin dejar de ser jurídico-públicas, y en España su mayor desarrollo se produjo bajo el General Franco.

Lo que se ataca es desde ambas posturas lo mismo este carácter un tanto híbrido de jurídico y político, esa difícil relación entre Derecho

y Política, que no puede prescindir del todo de lo político y que se concreta en la Constitución. Pues fácil es comprender que esa manera de ser del Derecho Constitucional conlleva el constar de varias partes no fácilmente reductibles a unidad, así que su parcela resulta no coincidir al cien por cien con la de ninguna ciencia. Ello proporciona a nuestros críticos unos blancos fáciles: el contenido nunca enteramente homogéneo por más progresos que se hayan hecho, y el no coincidir con ninguna ciencia unitaria, claramente constituida, servida por un único método perfectamente definido.

## **2. El Derecho Constitucional, ¿Asignatura o Ciencia?**

Desde luego, el Derecho Constitucional no es una ciencia unitaria como las matemáticas, sino una asignatura, antes del plan de estudios de Derecho y, últimamente, también de Sociología y Ciencias Políticas. Pero si el mapa de las disciplinas académicas, que no otra cosa es un plan de estudios, se superpone con el de las ciencias, probablemente resultará que en muchos casos –no sólo en el nuestro– no coinciden. Cosa lógica, ya que los planes de estudios tienen una naturaleza didáctica, pues son concebidos para responder a la cuestión: ¿qué debe saber el estudiante de tal o cuál carrera? Por lo contrario, los sistemas de las ciencias tienen una naturaleza heurística, pues responden a la cuestión: ¿cuál es la mejor manera de organizar la investigación y el conocimiento científico de la realidad? Así ocurre que nuestra materia contiene dentro de su territorio algunas partes de variada procedencia, y de ahí esa cierta pluralidad de su contenido, aunque no sea más que relativa porque toda la disciplina está enfocada hacia la Constitución. Los diferentes contenidos no tienen todos idéntica importancia ni forman un *totum revolutum* invertebrado. Al contrario: todo lo que no sea jurídico-constitucional *sensu stricto* ocupará lugares secundarios y cumplirá funciones meramente ancilares.

Podría pensarse que las fronteras de las asignaturas deberían coincidir con las de las ciencias, pero el problema resultante no sería menor que el resultado, pues los lindes de las ciencias distan mucho

de ser naturales, o sea, de derivarse sólo de la naturaleza del objeto estudiado. No pocas veces han sido los planes de estudio y de organización académica los que han influido sobre la estructuración de la investigación científica más que al revés. Y, en fin, todavía habría que preguntarse si sería deseable convertir el Derecho Político en asignatura de una sola ciencia, y cuál sería la elegida en ese caso. ¿Qué sería si, por hipótesis, el objeto de estudio fuera uno pero, para comprenderlo, no quedara más remedio que acudir a varias ciencias diferentes?

Hay ciencias –no sólo asignaturas– que no se justifican por tener un objeto de estudio simple y unitario, sino por estudiar relaciones entre objetos, los cuales a veces también pueden constituir por sí mismas materia con sustantividad suficiente. Estas ciencias relacionales pueden acercarse a la realidad mejor que otras, y son hoy corrientes a causa de la incesante evolución epistemológica. El Derecho Constitucional podría, quizá, ser una de éstas, dedicada a estudiar los términos de la relación entre Derecho y Política y la relación misma, sin olvidar sus bases conceptuales y sus condicionamientos reales (culturales, económicos, sociales).

No se puede negar los muchos problemas que afectan a nuestra disciplina. Debemos admitir que algunas críticas que se nos hacían en el pasado tenían fundamento. Pensemos, por ejemplo, en el enciclopedismo en que en ocasiones incurría el Derecho Político Español, derivado de Ahrens<sup>17</sup>. Pero no menos cierta era la superficialidad de muchos de nuestros críticos, que raramente se preguntaban por las raíces del problema. Raramente consideraban la posibilidad de que la peculiar naturaleza de lo estudiado influyera en la asignatura que lo estudia. Tampoco se cuestionaban por qué razones profundas se cultivó en España desde tiempo inmemorial, y con buenos resultados, el

---

<sup>17</sup> Ahrens, Henry, *Cours de Droit Naturel*, trad. esp. Navarro Zamorano, Ruperto, *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1841, 2 tomos, cit. por Portero, *op.cit.*, 74 ss.

Derecho Civil tan duradero como el de cualquier otro país, pero no, al menos hasta ahora, una Constitución duradera. No parecían conceder mayor significación al hecho de que España tuviese, en el Derecho Privado, una vivencia práctica desde los romanos y una tradición científica desde la Edad Media, mientras que en el Derecho Constitucional la situación era diferente, si no opuesta. Otras veces se ponían como ejemplo, frente al Derecho Político, el desarrollo del Derecho Administrativo, omitiendo que España tuvo rasgos estatales desde finales del siglo XV, pero careció de experiencia constitucional estable, salvo intervalos, hasta hoy; y omitían también que el Derecho Administrativo puede desarrollarse bajo un absolutismo o autocracia no totalitaria, mientras que el Constitucional no.

A estas alturas del presente trabajo aún no está sentenciada la cuestión de qué debemos explicar. Si no nos alargásemos demasiado se podría considerar la historia de la asignatura en España para sacar enseñanzas de ella los orígenes en torno a la Constitución de Cádiz, la época del Ateneo madrileño en la que se consolida la denominación y se imprimen ciertos rasgos que luego perdurarán. Viene a continuación un período menos brillante y luego la fase de independización y consolidación de la disciplina que iría de 1880 a 1936, incluyendo la labor de Santamaría de Paredes, Gil Robles, Posada, Ruiz del Castillo y Pérez Serrano y sin olvidar la recepción de la doctrina clásica extranjera de la época con un sesgo claro hacia lo alemán, francés e italiano. Curiosamente, los dos países más influyentes del mundo en lo constitucional, Gran Bretaña y Estados Unidos, han influido muy poco en el constitucionalismo español ni en lo académico ni en lo práctico. En cambio, Alemania e Italia han ejercido y ejercen más influencia, hoy quizá más que la propia Francia, siendo sus principales méritos la proximidad institucional o cultural y la fecundidad de su constitucionalismo académico. A partir de los años cincuenta de este siglo se produce una influencia americana en la Ciencia Política, pero en el Derecho Constitucional las cosas parecen haber cambiado poco en lo sustancial, salvo algunos campos concretos, por ejemplo en materia de libertades.

De esa forzada síntesis, periodificada en forma sin duda discutible<sup>18</sup>, se puede destacar: el carácter no muy jurídico de la asignatura, la debilidad del influjo angloamericano, la heterogeneidad y dispersión de los cometidos y el hecho de que los mayores florecimientos, antes solamente modestos, se producen en los momentos democrático-constitucionales (1876-1936, 1978 en adelante). Con todo, entre 1876 y 1936, las constituciones vigentes no fueron materia de estudio única ni principal, de forma que los enfoques históricos, filosóficos, políticos o sociológicos continuaron imperando hasta nuestros días. Después de 1978 la situación presenta dos rasgos diferentes: primero, una eclosión de los estudios constitucionales antes nunca vista por calidad ni por cantidad, segundo, un replanteamiento de la identidad y denominación de la disciplina por una polémica en torno a la decisión ministerial de colocar, hace unos años, el Derecho Constitucional y la Ciencia Política en áreas de conocimiento separadas.

Quizá esas polémicas puedan darse hoy por terminadas. Pero podría ser que la propia existencia de una Constitución, precisamente muy jurídica y de carácter normativo directo como la española actual, zanjara la cuestión o al menos pusiera los fundamentos para ello. En esa línea se ofrecen al lector los breves argumentos que siguen.

### **3. Una Sugerencia Basada en la Constitución**

Se dijo más arriba que, aunque partiésemos de cero, siempre será necesaria una materia que estudie las relaciones, ordinariamente tensas, entre el Derecho y la Política. Para no incurrir en *lis de verbis* se podría admitir que recibiese cualquier nombre, y puesto que ya viene usándose el de «Derecho Constitucional», podría mantenerse. Pero «Político» y «Constitucional» quizá fuera lo mismo o parecido, pues

---

<sup>18</sup> A partir de las etapas que aparecen en Gallego Anabitarte, Alfredo, «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del derecho público español», en *Revista de Administración Pública*. Nos. 100-102, 1983, pp.705-804.

si se admite que el objeto sea el mencionado, todo Derecho Constitucional resulta ser Político –no es pensable una constitución no política–, al mismo tiempo que todo Derecho Político resultaría ser Constitucional o al menos debería serlo. O dicho de otro modo: si se admite que el objeto principal de tal disciplina es el aludido, habrá que preguntarse de qué formas pueden ser las relaciones entre el Derecho, por un lado y la Política (incluyendo el poder), por el otro. Y seguramente puede decirse que adoptarán algunas de las siguientes formas:

1. La Política y el poder dominan al Derecho, al que, en teoría o en la práctica, se le niega sustantividad propia. Éste sería el caso de los regímenes totalitarios. La forma de relacionarse el Derecho con el poder no ofrece interés constitucional.
2. La Política y el poder apenas se relacionan con el Derecho: no molestan al Privado, que influye en ellos poco o nada, ni permiten que surja un Público de espíritu constitucionalista, que frene el poder. Éste sería el caso de las monarquías del Antiguo Régimen y de las autocracias no totalitarias: el Derecho Privado se desarrolla más o menos libremente y dentro de él hay libertad e igualdad, pero estos principios no se extienden al mundo político, dentro del cual las relaciones son de dominación. El Derecho (Privado) existe con sustantividad propia pero no frena al poder ni garantiza libertades públicas. Por no darse una relación entre Derecho y Política digna de mención tampoco existe vida constitucional aunque la vida jurídico-privada, a diferencia del caso anterior, pueda florecer.
3. Tercera posibilidad: la Política (con el poder) y el Derecho sí se relacionan. Pero aquí caben, a su vez, tres nuevas hipótesis:
  - a) La relación entre Derecho y poder se efectúa a través de un Derecho Público especial, distinto del Privado, inspirado en otros principios e incomunicado con él. El Derecho ordinario, no político, apenas tiene relación con la constitución, que no es normativa-directa sino solamente Programática. Ésta era la tradición constitucional

européa continental, representada sobre todo por Francia con su régimen administrativo clásico. Este planteamiento jurídico es más bien legalista, aunque la jurisprudencia siga jugando de *facto* un importante papel, sobre todo en el ámbito jurídico-privado. En este mismo ámbito sobreviven también, con mejor o peor fortuna, la costumbre, la equidad, las opiniones de las autoridades y los principios generales del Derecho, frecuentemente incorporados al Código Civil.

- b) La relación entre Derecho y Política consiste en que el Derecho común y ordinario, tradicionalmente privado, extiende por analogía sus principios hacia el mundo político. El sistema jurídico es abierto y pluralista. Como el contenido de aquellos principios es de libertad, igualdad y sumisión al Derecho, nos encontramos ante el origen histórico de la misma idea de Constitución. Ésta es la tradición constitucional angloamericana. El siglo XVII fue el momento en que los ingleses rechazaron el Derecho Público especial que los Estuardo pretendían imponer en materias tributarias, jurisdiccionales y otras. Es claro que este planteamiento es judicialista, no legalista, y permite sobrevivir con buena salud a las restantes fuentes del Derecho, aunque la doctrina no experimenta un gran desarrollo a causa de la preeminencia del juez.
  
- c) La relación entre Derecho y Política es, al revés que en el caso anterior, descendente: el Derecho descende o se deriva del poder y de la norma suprema, cumbre y cúspide del ordenamiento jurídico, a través de una estructura escalonada. La Constitución es normativa directa y regula la producción de las demás normas jurídicas, las cuales reciben de ella su juridicidad y su constitucionalidad, que vendrían a ser lo mismo. El sistema jurídico es cerrado, monista, estatista. Ésta es la concepción constitucional dominante en ciertos países europeos continentales después de Kelsen. Se trata de un planteamiento declaradamente normativista: hace mucho hincapié en el Derecho como norma positiva y en la constitución como norma suprema, a veces dejando en segundo plano el tradicional núcleo de origen liberal imperio del Derecho, división de poderes, libertades del ciudadano.

(Se observará que esta clasificación de tres miembros guarda relación con cuál de las fuentes del Derecho sea la predominante, así como también con los diversos tipos de constitucionalismo).

Si este imperfecto esquema no es inexacto en lo esencial, resultaría que sólo en los regímenes constitucionales se dan unas relaciones entre Derecho y Política dignas de atención. En cierto modo, sólo en ellos podría usarse con propiedad una expresión como «Derecho Político», que en el fondo vendría a ser no muy distinta de «Derecho Constitucional» porque a duras penas cabría un Derecho Político no constitucional ni, menos aún, anti-constitucional. Ciertamente, en un sistema no constitucional puede haber Política, pero la relación que mantenga con el Derecho será negativa, o en el mejor de los casos, irrelevante. No sería fácil que los sistemas totalitarios tuvieran un verdadero Derecho Político por las mismas razones que no lo tienen Constitucional, o sea, porque el Derecho es dominado o instrumentalizado por la Política. Al faltar o estar disminuido uno de los elementos de aquella relación, el rótulo «Derecho Político» resultaría tan carente de significado y tan impropio como «Derecho Constitucional», salvo que se utilizara por analogía o simple conveniencia, como a veces ocurre. Esto contribuye a explicar por qué a principios del siglo XIX los absolutistas españoles percibían que el Derecho Político tenía algo que lo hacía rechazable para ellos.

Para resumir: sólo en un régimen constitucional se darían unas atendibles razones entre Derecho y Política, pues todo Derecho Político, si es jurídico y político, si pretende establecer alguna relación entre Derecho y poder digna de mención, es Constitucional.

#### **4. El Modelo del Derecho Civil y la Mayor o Menor Neutralidad de las Normas**

A mayor abundamiento, podría ser, decíamos, que la situación creada en 1978 al aprobarse la Constitución ayudase a resolver el problema, pues se trataría de estudiar la Constitución. Ella sería la materia y el

gran tema del Derecho Político. Así como los estudiantes de Derecho Civil estudian el Derecho Civil vigente, los nuestros deberían conocer a fondo el constitucional vigente, aunque no con un criterio demasiado formalista, entre otras razones porque con él no se conseguiría un conocimiento profundo de una magna carta.

A veces los defensores del formalismo critican la presencia en nuestros programas de todo lo que recuerde la Ciencia Política, la Teoría del Estado, o incluso el Derecho Constitucional extranjero comparado con el nuestro, y nos oponen el modelo del Derecho Civil tal como usualmente es explicado.

El modelo puede ser correcto, pero sin olvidar que una constitución no es un código civil ni se puede explicar igual. Además, convendría recordar que los estudiantes españoles de Derecho Civil, en el plan de estudios tradicional, comenzaban por enfrentarse seriamente con el Derecho Romano, recibían un curso de Historia del Derecho, dedicaban casi un año a la Teoría General del Derecho (en forma de Derecho Civil I) y después, a lo largo de toda la carrera, cada vez que analizaban una institución del Código la comparaban con los códigos civiles francés, alemán e italiano, y se remontaban a los precedentes romanos, germánicos y medievales. Al final, si esas magnitudes pudieran cuantificarse, resultaría que el estudio legalista del Derecho Civil español vigente ocuparía sólo una parte, y no demasiado grande, del tiempo total asignado a esa disciplina sin contar el Derecho Romano.

Así, nuestro objeto de estudio sería la norma, suprema y política en este caso, y estudiada con una mentalidad similar a la de los civilistas. Sea. Ahora caben dos matizaciones: la primera, ya alegada, que no parece que esa asignatura sea concebida con un criterio demasiado estrecho; la segunda, que el objeto de estudio es del mismo género —una norma— pero de muy diferente especie, y esa diferencia no deja de tener repercusiones. Porque, ¿qué ocurre si la norma tiene contenido político? ¿Se la podrá estudiar, entonces, igual que una norma procesal, civil o administrativa? ¿Tendrá sentido un enfoque

formalista, normativista puro o de Teoría Pura del Derecho cuando la norma a estudiar no es pura, ni autosuficiente, ni puede ser aislada de los factores históricos, económicos, sociales y culturales? Replicar que esos factores existen pero no deben preocupar al jurista, es como sostener que los conductores deberían preocuparse de sus automóviles y no de la lluvia o del barro que pueda haber en la carretera. Y, ¿qué ocurre si además de la Constitución, aunque ella no deje de ser norma ni suprema, tenemos que estudiar ya un verdadero «bloque de constitucionalidad»? Pues el bloque de constitucionalidad, que cada día es moneda más corriente, y no sólo entre los académicos, relativiza un poco la distinción entre constituciones rígidas y flexibles, escritas y no escritas, codificadas y no codificadas. Viene también a reconocer que una sola norma que norma no es autosuficiente aunque sea suprema.

En la realidad, las constituciones son muy diferentes unas de otras. Afirmer, en general, que el Derecho Constitucional debe enseñarse con un criterio normativo puro o formalista no deja de ser una teoría. Si el documento constitucional concreto que uno tiene que explicar es sólo, o ante todo, una breve norma reguladora de la producción de las ulteriores normas, como lo concibió Kelsen –prescindamos de que sea así o no–, quizás pudiera enseñarse con un enfoque formalista. Pero, si no estamos errados, ninguna constitución real es sólo, ni ante todo, eso.

A propósito de esto permítasenos una anécdota. En una ocasión el autor de estas líneas pidió al bibliotecario de una universidad norteamericana una versión buena de la Constitución de aquel país. Sorprendentemente, lo que el bibliotecario proporcionó no fue la Constitución, más o menos comentada, sino una larga lista que comprendía lo siguiente:

- la Constitución;
- el Pacto del Mayflower;
- la Magna Carta, la *Petition of Rights* y el *Bill of Rights* ingleses;

- las *Fundamental Orders of Connecticut*;
- los Planes de Unión de Penn, Randolph, Pinckney, Paterson, Hamilton;
- las constituciones de Virginia, Nueva Jersey, Maryland, las dos Carolinas, Massachusetts, Nueva York, Delaware, New Hampshire, Georgia, Connecticut, Pennsylvania y Rhode Island;
- la Declaración y Resoluciones del Primer Congreso Continental;
- la Declaración de Independencia;
- los Artículos de la Confederación;
- el Estatuto de Libertad Religiosa de Virginia;
- The Federalist Papers* y otros escritos o discursos de Adams, Paine, Lee, Madison, Washington Jefferson y Monroe;
- otros (pocos) documentos.

Y dejamos ahora de lado que el bibliotecario podía haber ampliado la lista con el *Common Law* y las principales sentencias del Tribunal Supremo.

La moraleja es fácil de deducir: aunque la constitución sea escrita, rígida, breve, directamente aplicable y suprema, como es la norteamericana, no existe completamente aislada ni es aislable, ni agota ella sola toda la constitucionalidad especializada. No es que estemos aquí denunciando un fallo de la Constitución española, estamos señalando algo que ocurre a toda norma jurídica; ninguna agota todo el Derecho, ninguna es aislable. Algunos positivistas de nuestros días <sup>19</sup>, parecen

---

<sup>19</sup> Cfr. por todos, el excelente *Derecho Constitucional*. Sistema de fuentes, Barcelona, 1987, del malogrado Ignacio de Otto.

atribuir a la norma positiva suprema una pureza, autosuficiencia y densidad jurídica que ninguna norma tiene por sí sola. Vale la pena recordar ahora el espléndido artículo de Robert M. Cover, *Nomos and Narrative* que resultaría muy heterodoxo en España hoy: nadie monopoliza ni debe monopolizar lo que él llama «impulso jurisprudencial»; toda legislación tiene como trasfondo una narrativa<sup>20</sup>. Uno diría que, entre nosotros, parece como si hubiéramos descubierto la codificación cuando ya cunde la descodificación incluso en ramas del Derecho Privado, como el Mercantil.

Otro tipo de constituciones frecuentemente propuestas como modelo de estudio puramente jurídico de las magnas cartas, las produjo la escuela constitucionalista británica, eran sobrias y pragmáticas, como le gustaba señalar a Sir Kenneth Wheare, su contenido ideal debía ser lo mínimo, y ese mínimo traducible a planteamientos jurídicos<sup>21</sup>. Ciertamente, estas características las aproximaban a las Normas jurídicas ordinarias. Reposaban sobre un amplio acuerdo sobre lo fundamental y no se pronunciaban sobre graves problemas políticos de fondo porque los fundamentos del orden constitucional podían darse por supuestos. Con documentos constitucionales como éstos, un planteamiento jurídico-formal podría ser más defendible, pero la mayor parte de los casos son distintos: muchas constituciones posteriores a 1945 están influidas por las fuerzas económicas y sociales circundantes, son bastante largas y tratan de muchas materias no jurídicas, y aun casi no políticas. En ellas crece la proporción de cosas no traducibles a términos jurídicos, como proclamaciones ideológicas, programas sociales y económicos e incluso declaraciones de valores éticos. Ante esta realidad sigue siendo cierto que el constitucionalista no debe, como dice un refrán castellano, «meterse en camisa de once varas», pero, ¿qué ocurre si la propia constitución se mete?

---

<sup>20</sup> Cover, Robert M., «The supreme court 1982 Term Foreword: Nomos and Narrative», *Harvard Law Review*, No. 97, 1983, pp.4-5.

<sup>21</sup> Cfr. Wheare, Sir Kenneth, *Las constituciones modernas*, Barcelona, 1975, p.38.

Nuestros estudiantes tienen derecho a que no les demos clases de Ética. Pero si la Constitución se pronuncia sobre la Ética será difícil omitir toda referencia a tal materia.

Y, por lo que se refiere al constitucionalismo angloamericano, hay que añadir algo para completar el paisaje. Aquel planteamiento es defendible mientras las constituciones se mantengan más o menos por encima y no se conviertan en objeto del debate político, pero si éste alcanza a la norma suprema, el enfoque jurídico-formal puro muestra enseguida sus límites. Así puede verse en el caso de la constitución canadiense y, en menor medida, en la británica. Por tanto, a la hora de resolver la cuestión de cuánto debe haber de jurídico y cuánto de político en la disciplina del Derecho Constitucional, parecen pesar más la experiencia constitucional y los avatares que se estén viviendo que los debates entre académicos, y así sucede que en varios países angloamericanos la proporción de lo político está creciendo.

Recurriendo de nuevo a una experiencia personal podemos contar que hace algunos años, cuando la denominación de nuestra disciplina era todavía «Derecho Político», el autor de este proyecto fue presentado por un colega norteamericano con una sorprendente alabanza a la denominación, porque reconocía la existencia de una dimensión política ineludible. En el *Teacher's Manual* de la última edición de **Constitutional Law** por Stone *et al.*, se dice que es un libro genuinamente interdisciplinario que usa «la Ciencia Política, la Ética y la Economía para iluminar el material jurídico, y que hace esto permaneciendo accesible a los estudiantes de Derecho» (p.1), y su capítulo primero (*The Role of the Supreme Court in the Constitutional Scheme*) tiene el propósito de «presentar a los estudiantes la Teoría política subyacente a la Constitución –un tema descuidado con demasiada frecuencia–» (p.2). Para completar la referencia añadiremos que, visto desde una perspectiva española, el carácter interdisciplinario de ese libro es moderado.

Pero volvamos al punto en el que estábamos, razonando como si existieran normas absolutamente neutras, enteramente aislables de su

entorno. ¿Pero, acaso existen? Vamos a conceder que existieran: ¿estarían entre ellas las normas políticas? Si construimos una escala de mayor a menor neutralidad y aislabilidad de las normas, el espectro podría ser, *grosso modo*, como sigue:

normas procesales +	normas civiles	normas administrativas —	normas constitucionales
(máxima neutralidad y aislabilidad)			(mínima neutralidad y aislabilidad)

Las más neutras, apolíticas y susceptibles de un estudio formalista serían, seguramente, las normas de mero procedimiento, que por eso precisamente son contrapuestas en el común lenguaje jurídico a las sustantivas. Por ello en la «posición original» rawlsiana <sup>22</sup>, el primer acuerdo versa sobre normas de procedimiento; por ello también los positivistas como Bobbio conciben la democracia como acuerdo en lo procedimental <sup>23</sup>. Aun dejando aparte que un acuerdo procedimental puro no es posible (ni creo que deseable), seguramente se admitirá que las normas constitucionales están en el extremo opuesto, que son las menos neutras, menos aislables del entorno político

<sup>22</sup> Rawls, A., *Theory of Justice*, 1971, trad. esp., **Teoría de la Justicia**, México, 1978, p.35 ss., 106. «Parece razonable suponer que... en la posición original... (se) tienen los mismos derechos en el procedimiento para escoger principios; ...obviamente el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos» (37). De aquí también se puede deducir que las propias normas procedimentales tampoco son del todo neutras, pues presuponen algo sustantivo anterior a ellas, como la igualdad en este caso. Pero dejemos esto por ahora.

<sup>23</sup> Bobbio, Norberto, **Fundamento y futuro de la democracia**, Valparaíso, 1986. pp.33-34. Bobbio dice que la concepción puramente procedimental permite «una definición mínima, pero suficiente de democracia». Recordaremos que el profesor Crick considera necesario para una democracia el consenso sólo sobre los «valores procedimentales» (Crick, **Political Thoughts and Polemics**, Edimburgo, 1990, pp. 106-107), en mi opinión con más sentido común que Bobbio porque la frontera con los valores sustanciales no aparece claramente delimitada, de tal manera que uno tiene la impresión de que los dichos valores procedimentales tienen bastante de sustanciales (el resto de la obra de Crick confirma esa impresión).

—ellas mismas son también políticas en parte—, económico, histórico, social y cultural. Por tanto, difícilmente podrá ser ese entorno ignorado al estudiar la norma constitucional. Si nuestro objetivo es estudiar seriamente una norma, cuanto menos pura, autosuficiente y ahistórica sea, más habrá que atender a esos factores colindantes si no queremos ignorar la realidad constitucional del país.

Un caso extremo: si un extraterrestre leyera atentamente un estatuto de autonomía de una región española, probablemente se formaría una idea falsa de los poderes autonómicos reales. De la misma manera, al estudiar el sistema parlamentario tampoco se debería ignorar la distribución de fuerzas en el legislativo. Nos movemos aquí en un terreno delicado: al corregir el antiguo enciclopedismo, doblemente vitando por enciclopédico y por jurídico, podríamos incurrir en legalismo o formalismo. Ello sería particularmente lamentable en estos momentos de transición, en los que el estado autosuficiente tiene menos vigencia que nunca y varias instituciones del constitucionalismo clásico, aunque su *telos* tenga plena actualidad, hacen frente a una profunda crisis. Sin olvidar la integración de nuestros países en estructuras como las Comunidades Europeas, en las que va a ocurrir algo más que una repetición del Estado en mayor escala, si no me equivoco.

Algunos de nuestros principios jurídicos, demasiado vinculados a la autosuficiencia, la soberanía y el monismo del Estado, podrían ser relegados a la obsolescencia en pocas décadas. La socorrida pirámide normativa ya no debería explicarse hoy en España sin las numerosas excepciones que le afectan. Ciertos formalismos y positivimos legalistas han vinculado tanto el estudio de la Constitución al del Estado que la crisis de éste podría, aunque no debiera, causar problemas a aquélla. El mencionado Ignacio de Otto dice certeramente que la positividad viene a ser, en el terreno jurídico, como la soberanía en el político<sup>24</sup>. Pues bien, la soberanía es un rasgo estatal, no constitucional. Para

---

<sup>24</sup> Otto, Ignacio de, *op.cit.*, p.22.

contrarrestar la bodiniana y hobbesiana soberanía nació la Constitución. En una situación como la que estamos viviendo, de crisis del Estado y en particular de su soberanía, hay que discriminar para salvar aquello que es esencial para el constitucionalismo, no para el estatismo: la Constitución puede sobrevivir y sospecho que cómodamente, sin soberanía: el Estado, no.

El antiguo enciclopedismo debe ser evitado, decíamos, pero lo constitucional es de por sí un tanto enciclopédico, pues siempre afecta a los diversos factores mencionados y es afectado por ellos. De todas las materias de la carrera de Derecho posiblemente ninguna es menos unidimensional que el Derecho Constitucional, especialmente si la Constitución que estudiamos es larga y regula casi todas las dimensiones de la vida social. ¿Es capaz el alumno ordinario de conocer bien su Carta Magna si no sabe nada de Teoría del Estado, o de partidos políticos, o de las constituciones extranjeras en que la suya se inspira?

Todavía cabría preguntarnos de nuevo: ¿caben, acaso, normas jurídicas realmente aislables, completamente puras, incontaminadas por factores no jurídicos? Para continuar con el ejemplo procesal, ¿no presupone el acuerdo procedimental un mínimo de acuerdo fundamental? El mero hecho de que todos los que toman parte en el acuerdo tengan idéntico derecho a un mismo tratamiento procedimental, ¿no presupone la igual dignidad de todos ellos? En el caso de Rawls se diría que sí, en el de Crick, también. Pues si eso puede decirse acerca de las normas procesales, ¿qué no podría decirse de las constitucionales?

En este terreno, los juristas de mi generación nos hemos visto sometidos a sucesivos planteamientos contrapuestos. Fuimos educados en la apoliticidad e imparcialidad, al menos relativas, del Derecho. A continuación se produjeron las críticas de los realismos anglosajones y escandinavos, y, por fin, las del uso Alternativo del Derecho. Teorías según las cuales incluso la más neutra, procesal y privada de las leyes o sentencias tiene una faceta económica, política o social. Y cuando ya concedemos que es así hasta un cierto punto razonable,

que es verdad que hasta en la Ley de Arrendamientos Rústicos –por ejemplo– hay algo de extrajurídico, o que el Tribunal Supremo norteamericano ha estado mas bien a favor del capitalismo, nos sorprende un rebrote de formalismo decimonónico pretendiendo ser aplicado no sólo a las normas jurídicas ordinarias, sino incluso a las de contenido político <sup>25</sup>.

Para finalizar esta engorrosa argumentación supongamos una situación en la que dispusiéramos de todo el tiempo necesario para explicar con detenimiento la Constitución. ¿Qué consideraríamos conveniente para que los estudiantes la conocieran a fondo? ¿Cuáles serían los contenidos ideales? Una respuesta razonable sería, quizá, la que sigue: Historia del Constitucionalismo nacional, Derecho Constitucional extranjero (solamente los modelos relevantes para entender la Constitución vigente), Teoría Constitucional general, elementos del incipiente Derecho Constitucional de la Comunidad Europea, Teoría del Estado, Sociología Política (parcialmente), Teoría Política (libertad, igualdad, Política y Derecho, y temas como éstos) e Historia del Pensamiento Político (doctrinas principales) sin contar el propio Derecho Constitucional vigente, con el Estatuto de Autonomía de Galicia en un lugar destacado. Pero para ello harían falta no 180 horas como hasta ahora tenía el plan de estudios de Derecho, sino más bien 1800. ¿Qué ha de suprimirse y qué criterio usaremos para decidirlo? La respuesta pertenece ya al apartado correspondiente al programa, que, junto con el método, es la tercera parte de este trabajo.

#### **IV. ¿COMO? (PROGRAMA Y MÉTODO)**

##### **1. Programa**

En cuanto a la pregunta por el programa, es difícil dar una respuesta única porque ahora los planes de estudio cambian de una universidad

---

<sup>25</sup> Me estoy refiriendo sobre todo, pero no exclusivamente, a la Teoría Pura del Derecho.

a otra y porque esta disciplina no es explicada en varias carreras, con lo que varían los contextos. Además puede haber asignaturas compartidas entre diferentes áreas, como el Derecho Comunitario europeo y el Derecho Autonómico. Lo que se dice a continuación sólo puede tener un alcance general orientativo. La idea que defendemos aquí –explicar la Constitución española y el Estatuto de Galicia con un enfoque no demasiado formalista– habrá de adaptarse a cada facultad. No es lo mismo explicar en una facultad de Derecho que en una de Sociología: seguramente en la primera habrá que contrarrestar el formalismo jurídico; en la segunda, no. Tampoco será lo mismo explicar nuestra materia en una facultad donde se imparta la reciente historia jurídica española que en otra donde no se pase de la Edad Media, y lo mismo puede decirse, por ejemplo, del Derecho Comunitario europeo, cuya dimensión interna, política o constitucional, va creciendo últimamente.

Todos esos contenidos que desbordan la Constitución formal pero son necesarios para comprenderla pueden ser tratados de dos maneras: la primera, incluyéndolos en el programa; la segunda, sin dedicarles expresamente unas partes del programa pero teniéndolos presentes al enfocar los diversos temas. La primera solución es virtualmente imposible porque no disponemos, ni vamos a disponer nunca, de 1800 horas, 180 créditos, por lo cual aquí defendemos la segunda. Por ejemplo, no se dedicará una parte del programa a la historia del pensamiento político, pero al explicar la separación de poderes se hará referencia al origen y sucesivas formulaciones de Locke, Montesquieu y Constant. El programa estándar que exponemos aquí, abierto a las necesarias variaciones, se inspira en un planteamiento como el civilístico: primero, teoría general del Derecho; segundo, Derecho Romano; tercero, referencia a los códigos francés, italiano y alemán, y cuarto, el ordenamiento jurídico-civil vigente. Traducido a nuestro caso: primero, Teorías generales (de la Constitución, del Estado, abreviada; de la Política, aún más abreviada) y algo de factores sociales y políticos como los partidos o el régimen político; a continuación, el constitucionalismo originario, del que todo procede, más o menos como en el caso del Derecho Romano: el británico, el norteamericano

y el francés, más una breve explicación de los modelos que han tenido una influencia inmediata (Alemania, Italia y el vecino Portugal); finalmente, el constitucionalismo español con una parte destacada para el Estatuto de Galicia. La mayor parte de los temas socio-políticos y de Teoría Política son tenidos muy en cuenta pero no se les dedican lecciones propias, tanto por la escasez del tiempo disponible como por la evidente expansividad del Derecho Constitucional *sensu stricto*.

Y pasamos ya a concretar los contenidos básicos del programa estándar que proponemos.

Comenzaremos señalando que es correcto pero demasiado amplio decir que las relaciones entre Derecho y Política son el contenido de nuestra materia. Algo más se aclaró cuando explicamos que van a estudiarse no tanto el general como en esa manifestación concreta que es la Constitución. Pero previamente habremos de ocuparnos también, al menos un poco, de los conceptos básicos para entender dichas relaciones (el de Derecho y el de Política) y de los condicionantes reales de las mismas.

Si solamente tratáramos de explicar el vigente Derecho Público del Estado no haría falta estudiar más que la ley fundamental actual, acompañada, si se quiere, por el Derecho Administrativo. Pero entonces incurriríamos en la *petitio principii* de considerar que los dos términos del problema, «Derecho» y «Política», se agotan, el uno, en el ordenamiento jurídico positivo, constitucional o no, y la otra, en el Estado. Pero no parece que eso pueda darse *a priori* por sentado, particularmente en países ricos en tensiones o desacuerdos sobre lo fundamental.

¿Cuáles de aquellos contenidos ideales deben suprimirse, en todo o en parte? A lo ya dicho añadiremos que los criterios propuestos para efectuar supresiones son dos: el primero, prescindir de lo más alejado del núcleo esencial, la Constitución. Segundo: prescindir de lo que también es explicado en otras asignaturas.

1. Habría que comenzar por enseñar a los estudiantes las relaciones entre el Derecho y la Política diciendo lo que es cada uno. En una facultad de Derecho lo primero incumbe más bien, si no existe una Teoría General del Derecho o Epistemología Jurídica, a asignaturas como la Filosofía del Derecho, el Derecho Romano y la Parte General del Derecho Civil. Al Derecho Constitucional sí le incumbe dar razón de lo que es la Política y de los principales conceptos políticos que aparecen en la Carta Magna vigente: libertad, igualdad, legitimidad, poder... Yendo de lo general a lo particular esto debe ser el principio del programa: una breve Teoría política y jurídica general dedicada al análisis conceptual de los dos términos de esas conflictivas relaciones a las que vengo refiriéndome.
  
2. Como ya señalamos que las relaciones entre Derecho y Política habrán de ser estudiadas con sus condicionantes, la segunda parte del programa –las bases sociales de la Constitución– se deriva de que no existen plantas sin tierra, por lo que no puede despacharse al alumno sin una mínima noticia acerca de esa tierra que es la realidad sociopolítica. Si omitiésemos estos aspectos caeríamos en un formalismo jurídico superado; pero tampoco se trata de reproducir aquí un programa de Sociología en pequeña escala sino únicamente de atender a lo indispensable para comprender la Constitución: clases y estamentos, partidos políticos, comportamiento electoral... Si no fuera posible dedicar a estos temas una parte separada, o si ya fueran tratados en otras asignaturas, seguiríamos el mencionado criterio de tenerlos presentes al desarrollar el programa.

Hemos señalado que, de todas las ramas del Derecho, la Constitucional es la que menos se independiza de los condicionantes políticos, económicos, sociales y culturales, aunque ninguna pueda, ni deba, desvincularse del todo. Con todo, esa parte socio-política, con sus métodos tan ajenos a los jurídicos, debe mantenerse reducida al mínimo y con carácter meramente auxiliar, pues tiene una íntima tendencia descriptiva y relativizante que si no se frena relativiza más de lo necesario al Derecho, a la

Política misma <sup>26</sup> y, con ellos, al imprescindible *telos* de la Constitución, bien visible desde el primer constitucionalismo (Coke, Locke) hasta autores más modernos (Corwin, Friedrich, Loewenstein).

3. El desenvolvimiento del hilo conductor de la asignatura reclama ahora que, en la tercera parte, prestemos atención al gran tema de la comunidad política y particularmente a una de sus concreciones: el Estado, al que la Constitución vigente se refiere en tantas ocasiones directa o indirectamente. La Política, el Derecho y la Constitución se desenvuelven en comunidades políticas, de las cuales la principal es todavía el Estado. Mas tampoco ha de olvidarse que ni la Política ni el Derecho se agotan en él, y que el concepto originario de Constitución fue ajeno, si no opuesto, al de Estado. Hoy ya el Estado no es la única materia del estudio jurídico-político ni la máquina estatal es el centro único del conocimiento político, sin olvidar que la Teoría del Estado formalista está superada desde hace tiempo. Y hay que subrayar otro hecho, ordinariamente pasado por alto: que los inventores del Constitucionalismo (Gran Bretaña y Estados Unidos) carecen de una auténtica Teoría del Estado y ni siquiera son Estados en sentido fuerte <sup>27</sup>.

Por ello, esta área del programa no pretende reproducir a escala una Teoría del Estado completa, ni formalista ni realista, sino dar solamente la necesaria información concerniente al Estado desde una perspectiva más constitucionalista que estatista. Cada vez que, como se solía hacer dentro de la tradición estatista, se presenta a los estudiantes

---

<sup>26</sup> Johnston señalaba ese abandono de lo genuinamente político a base de la *Political Science*: «los political scientist han abandonado el campo de la Política por completo» (Johnston, *op.cit.*, p.385).

<sup>27</sup> Cfr. entre otros, Maitland apud Marshall, *op.cit.*, 13 ss.; Rose, Richard, «Is the United Kingdom a State?», en *The territorial dimension in U.K. politics*, Madwick-Rose Ed., Londres, 1982, p.100 ss. Crick; Dyson, Robert, *The state tradition in western Europe*, Oxford, 1980.

el Estado, al revés que otros temas, sin discutir sobre él, se incurre en una postura ideológica. No es científico considerar el Estado como un *a priori* ni como un «objeto merecedor de universal respeto y servicio»<sup>28</sup>, dentro del cual se discute pero sobre el cual no se discute, como la única forma de organizar la sociedad, situada más allá de ideologías y preferencias. Siempre que el Estado es explicado así se está sugiriendo indirectamente a los estudiantes que lo den por inevitable y natural, y que no sometan a la discusión científica el tipo de relación que el Estado mantiene con el Derecho y con la Constitución. La relación con el Derecho podría resumirse, si no estoy equivocado, como sigue: negar o absorber la *auctoritas* de los *iuris* prudentes y monopolizar la producción del Derecho reduciéndolo a las leyes estatales, someter al juez y cegar las fuentes que no puede monopolizar, como la costumbre, las *regulae iuris*, la equidad, la justicia natural y, en general, el Derecho no positivo. Otro efecto del estatismo es la creación de sistemas jurídicos monistas, cerrados y completos (en teoría), en los cuales es posible *ex definitione* que alguna persona u órgano —es indiferente ahora sea el pueblo, sus representantes, un tribunal supremo o constitucional, o el ejecutivo— acumule todo el poder de producir y aplicar el Derecho desde los principios inspiradores más generales hasta la última y más cotidiana de las sentencias.

Decíamos que la idea estatal es poco afín a la constitucional, y también hay que señalar que el Estado disfruta de la consideración que correspondería a la sociedad. La explicación está en ciertos rasgos que giran en torno a esas ideas del monopolio del poder en un territorio delimitado, la soberanía, la positividad jurídica y la superioridad moral del Estado sobre la sociedad civil y la persona.

Convendría también mostrar que los Estados, aunque más fuertes que nunca frente a la sociedad y al individuo, van camino, por otro lado, de convertirse en reliquia del pasado: tienen ya poco en común

---

<sup>28</sup> Cfr. Dyson, Robert, *op.cit.*, p.51.

con el Estado ensalzado y teorizado por Hegel, Laband o Jellinek. Sufren el asalto de la llamada neo-estamentización desde dentro y de las fuerzas supranacionales desde fuera, quedan cortos frente a la cultura, la economía, la tecnología y las armas de hoy, no pueden frenar la presente descodificación del Derecho, y, aquellos que ingresan en las Comunidades Europeas pierden, incluso formalmente, su monopolio sobre el Derecho.

Así son muchos de los Estados en que están vigentes las constituciones de hoy, como la española. Explicarlos con los criterios usuales en la tradición estatista es casi como explicar ficciones, pero no de futuro.

4. Con la parte dedicada a la comunidad política continuamos todavía en la introducción teórica a la Constitución pero termina el ámbito de lo pre-constitucional. El estudio de lo propiamente constitucional se subdivide en varias partes, según se verá. Pero antes de describirlas permítasenos formular otra pregunta. ¿Cuál es la más importante y duradera de las soluciones dadas a esa constante tensión entre Derecho y Política?

Grecia, aunque conoció lo que *mutatis mutandis* podríamos denominar constitucionalismo, careció de división de poderes y de una teoría de la representación, tan esenciales para nosotros. Roma, por su parte, hasta Augusto, partía de la base de separar *auctoritas* (Derecho, entre otras cosas) y *potestas* (poder), pero las atribuía a titulares físicamente diferenciados, estando por tanto muy alejado del Estado moderno que monopoliza ambas. Así, no puede establecerse una conexión entre el constitucionalismo de la Antigüedad y el nuestro. Y por ello puede afirmarse que lo más importante de las soluciones dadas por la Humanidad a dicho problema, ha sido, y es todavía, la Constitución. Y el Derecho Constitucional gira en torno a ella. Ello sugiere que no gira en torno a otros conceptos más o menos próximos, como los de ley fundamental u organización básica; menos aún en torno a otros como Estado, sistema político o régimen político que son más amplios y menos jurídicos.

Aparece aquí la Constitución como el magno intento de origen liberal de sujetar el poder al Derecho –no a la ley positiva–, que la ley positiva afirmando la primacía de la persona con su dignidad y su séquito de derechos y libertades no necesariamente legales<sup>29</sup>. La Constitución tiene, además de sus dimensiones de freno jurídico al poder y de reglas del juego, otra organizadora y racionalizadora, que no subrayamos ahora por no ser su aspecto esencial. La concepción de las magnas cartas como leyes básicas de organización, racionalización y sistematización del Derecho está tomada de la codificación más que del constitucionalismo. Pero la codificación y el constitucionalismo respondieron a diferente tiempo, lugar y finalidad, y bien sabido es que la tarea de codificar puede servir a designios políticos opuestos a los que hicieron nacer la Constitución. Es curioso que los primeros documentos del constitucionalismo, como la *Petition of Rights*, fueran coetáneos de diversas leyes fundamentales de organización en las que ya apuntaba el espíritu codificador, y sin embargo, los principios inspiradores tenían poco en común, careciendo la *Petition* casi por completo de ese carácter sistemático y organizativo, igual que la *Star Chamber Abolition Act* y otros documentos similares. Aunque puedan coincidir parcialmente, la codificación es pariente del Estado, y el constitucionalismo no<sup>30</sup>.

Así las cosas parece aconsejable establecer una teoría general de la Constitución que responda a la pregunta: «¿Qué es una

---

<sup>29</sup> Cfr. la enmienda IX Norteamericana.

<sup>30</sup> Sobre el concepto de código y la codificación, cfr. lo que escribe Guzmán, Alejandro, **La fijación del Derecho**, Valparaíso, 1977, y 1978, esp. p.629 ss. A partir de la segunda mitad del s. XVII el **Codex** concebido como cuerpo legal racionalizado y sistemático se abre camino en diversos países europeos ajenos al movimiento constitucionalista en aquel momento. No debe de ser muy estrecha la relación entre codificación y Constitución desde el momento en que los inventores de la democracia constitucional han carecido de la primera hasta nuestros días. La idea de código casa bien con las ideas estatistas de uniformidad, concentración racional y carácter cerrado del ordenamiento jurídico, sin olvidar su evidente parentesco con la Ilustración. Muy interesante también Bravo Lira, Bernardino, «Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación», en **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaíso No. 32-33, 1988, pp.65-82, que subraya la nueva relación entre juez y ley que los códigos hicieron posible.

Constitución?»), que parece razonable formular al comenzar la parte propiamente constitucional. A pesar de coincidir con los títulos de sus respectivos libros, este planteamiento no es el de Schmitt ni el de Loewenstein. El del primero no resulta del todo acomodado al punto de vista constitucional clásico y estudia más temas que los que aquí interesan. El enfoque de Loewenstein corresponde, más o menos, al del *Comparative Governmental o Comparative Politics*, a caballo entre la *Political Science* norteamericana y el Derecho Constitucional Comparado, como él mismo escribió en el prólogo a la edición norteamericana de 1956. Su enfoque no es tan jurídico o teórico como analítico, histórico e institucional. Aunque la Constitución es el concepto central, trata del entero sistema político: de hecho fue bastante casual que su libro viniera a recibir ese título, pues el original fue *Political Power and the Governmental Process*, y el propio autor se sintió obligado a dar una explicación cuando la traducción alemana fue intitulada *Verfassungslehre*. Por los temas de que se ocupa, también resulta más amplio que la teoría constitucional a que nos estamos refiriendo.

Nuestro punto de partida se deriva de aquel del profesor de Oxford, G. Marshall. La Teoría Constitucional trata de dar una visión de conjunto de la Constitución, sus aspectos esenciales y principios básicos, lo que requiere un mínimo de generalización. Los temas no podrán enfocarse exactamente igual en Estados Unidos o Gran Bretaña que en España, pero las ideas fundamentales sí tienen alcance universal: qué es la Constitución, el imperio del derecho, la separación de poderes, los derechos y libertades. En la Teoría Constitucional se percibe con claridad el carácter híbrido de nuestra asignatura, pues, como se ve en sus diversos temas, es una mezcla de Teoría Política y Teoría General del Derecho, y no se le podría privar de ninguna de ambas facetas: piénsese en el poder constituyente, las relaciones entre Constitución y Derecho o cualquier otro de los temas citados <sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Sobre esta mezcla de lo jurídico y lo político en la Teoría General, cfr. Marshall, «Introducción» a su **op.cit.**

5. De la idea de Constitución empleada en el número 4 y de la necesidad de estudiar la magna carta del país se deriva que no todas las constituciones propias o ajenas, pasadas o vigentes, pueden tener idéntico interés. Primer criterio de selección: las más importantes serán las necesarias para poder comprender la nuestra, así que, por ejemplo, la Constitución de la India no será objeto de nuestro estudio, ni siquiera brevemente. Segundo criterio: aquéllas en las que aparecen esas tensas relaciones entre Derecho y poder frenado efectivamente el primero al segundo. Esta idea del gobierno limitado fue inseparable de los orígenes del Constitucionalismo. Volvemos a encontrar la diferencia entre derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

Los dos criterios citados no actúan mecánicamente. De su combinación resultan incluidas las constituciones siguientes:

- a) En primer lugar, por derecho propio, las dos constituciones clásicas (Gran Bretaña y Estados Unidos), junto con el constitucionalismo francés (de las múltiples constituciones de ese país destacamos las de las Repúblicas III y IV por su parlamentarismo clásico y la de 1958).

A propósito de ellas y de su papel en un programa básico de Derecho Constitucional quizá sea oportuno comentar lo que sigue. Retomando el ejemplo de la docencia del Derecho Civil diríamos que las constituciones inglesa, norteamericana y francesa vienen a ser para nosotros como el Romano para el Civil. Si nos parece necesario que los alumnos de Derecho Privado conozcan el Derecho Romano, ha de parecernos necesario que los nuestros conozcan el constitucionalismo clásico, pues «quien no sabe Derecho Constitucional inglés, norteamericano y francés, no sabe Derecho Constitucional». Quizá haya algo de exageración en esa sentencia, pero tiene un fondo de verdad. La idea de estudiar esas constituciones con un papel paralelo al del Derecho Romano en la línea jurídico-privada tiene interesantes aplicaciones. La primera: esos monumentos jurídico-constitucionales deberían estudiarse siempre, incluso aunque dejaran de estar vigentes

en sus propios países, como ocurre con el Derecho Romano, por cierto. Si lo estudiamos es por su valor clásico, «de clase» pues en cualquier ciencia o arte, para poder permitirse el lujo de no estudiar los modelos clásicos hace falta ser uno de ellos. Los estudiantes de arte estudian el Friso de las Panateneas aunque no sea nuestro ni actual; los ingleses no dejan de estudiar a Velázquez por ser extranjero. Pero, aparte de consideraciones académicas, las experiencias del autor de estas líneas sugieren que es muy difícil explicar el parlamentarismo español, por ejemplo, si los estudiantes ignoran los homónimos inglés, francés, y alemán. Con un constitucionalismo de importación, nuestros países, como casi todos, son más imitadores que imitados, y el hecho de tener una constitución en vigor no cambia las cosas de repente mientras continúe faltando una cultura constitucional sólida y arraigada. Así que al final uno viene a descubrir algo tan elemental como que comenzar por el principio es más fácil y pedagógico. Otra aplicación del ejemplo romanístico es que no se trata de estudiar las constituciones de esos países como para formar expertos en constitucionalismo extranjero sino en el Derecho Constitucional propio. Esto aconsejaría prescindir de lo que ilumine poco o nada el caso propio, como las elecciones primarias norteamericanas o la información demasiado detallada sobre resultados electorales.

En esto se ha producido en España un cambio notable: tanto constitucionalismo extranjero se estudiaba durante el régimen del General Franco, que a veces los programas incluían pequeños países escasamente relevantes y alejados de nuestra área cultural, ahora, en cambio, no faltan quienes defiendan estudiar sólo o casi la Constitución vigente. Las causas son comprensibles: la euforia de tener una constitución que ya va siendo duradera en comparación con la mayoría de sus predecesoras, parece añadirse una como ilusión de la perfección y autosuficiencia de la constitución del estado-nación, probablemente debida a ese rebrote decimonónico a las puertas del siglo XXI que es el kelsenianismo. Nada en la idea de Constitución conduce necesariamente al aislacionismo, al monismo ni al carácter cerrado del ordenamiento jurídico –características que son más bien de filiación estática, pero parece como si hubiéramos elegido el final del siglo XX

para dotarnos de una magna carta que subraya muchos esos aspectos—. (No parece que la Constitución española no admita otras interpretaciones, pero ésta es la dominante).

Ahora que vivimos bajo una constitución, el estudio de los grandes modelos extranjeros no ha dejado de tener sentido. En cierto modo, viene más al caso que nunca, pues ahora sí hay algo que comparar; sí hay enseñanzas que deducir; ahora el estudiante español se enriquece más que nunca considerando el Tribunal Supremo norteamericano, el parlamentarismo británico o el federalismo alemán. Y por otra parte, estos momentos en los que España ya forma parte de una organización supraestatal serían, quizá, los menos oportunos para estudiar la magna carta con criterio aislacionista, pues –vaya *Maastricht* como vaya– los estudiantes españoles ya no desempeñarán más su profesión bajo el sólo ordenamiento jurídico español, como nuestra propia ley suprema prevé, por cierto.

- b) En segundo lugar, brevemente, las magnas cartas contemporáneas que más inmediatamente hayan influido en la vigente Constitución. En el caso español son las de Italia y Alemania, que comparten con la de 1978 tantos rasgos de sobra conocidos: tribunales constitucionales, Estado de Derecho social y democrático, organización territorial federal o autonómica.
6. Parece recomendable estudiar el constitucionalismo histórico del propio país, pero no necesariamente con mucho detalle, salvo que ofrezca monumentos constitucionales, lo que no siempre ocurre. Ello resulta del juego de los dos criterios mencionados, pues en el caso español las constituciones históricas, excepto la de 1931, no sirven de mucho para comprender la actual. Ésta, en gran medida, no es fruto de las españolas anteriores, sino de las tendencias jurídico-constitucionales europeas dominantes después de 1945. Paradójicamente, parece como si fuera ésta la tradición española: la falta de tradición constitucional, el seguir modelos extranjeros en boga en vez de desarrollar un constitucionalismo propio. Como en Francia, en España en el siglo XIX,

lo inmutable no fue menos que lo cambiante, pero lo que sigue no es menos cierto: la Constitución de 1845 rompe con la de 1812 y 1837; la de 1869 romperá con la de 1845, y después la de 1876 hará lo mismo con la de 1869 (no con la de 1845). El fenómeno se repetirá en 1931. De la misma manera, casi podría ocurrir ahora que nuestra vigente Constitución se pareciera a la de 1931, en lo que se parece, más a través de la italiana que directamente. Por estas razones y por la escasa vigencia real que tuvieron casi todas, no parece que el estudio *in extenso* de las constituciones históricas españolas resulte imprescindible para la buena comprensión de la actual; sin olvidar que, lamentablemente, la mayor parte de ellas no fueron glorias del constitucionalismo universal, ni siquiera la de 1812, si se juzgan desapasionadamente su texto y sus resultados.

7. Las circunstancias nos obligan a prestar atención, además, a todo lo que está pasando de lo jurídico-internacional a lo interno: en el caso español, el incipiente Derecho Constitucional de las Comunidades Europeas. Conviene resaltar tres aspectos importantes: el propio paso de lo internacional y externo a lo político e interno, los rasgos principales de esa «constitución» de las Comunidades Europeas y las repercusiones en el sistema constitucional nacional. A juzgar por la evolución de la realidad, seguramente no falta demasiado tiempo para que estos temas crezcan mucho. Pero no sólo es cuestión de crecimiento cuantitativo, sino de considerar el entero ordenamiento constitucional español con un nuevo enfoque <sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Hemos tenido conocimiento de que en algunas instituciones comunitarias europeas de educación superior algunos estudiantes españoles han experimentado un choque entre la previa formación española y la nueva europea al tratar cuestiones como la soberanía, las fuentes del Derecho y la Constitución como cúspide y cierre del ordenamiento, o la propia imagen de la pirámide normativa, tan socorrida por su utilidad en la docencia.

## 2. Método

1. Como el método es menos importante que el objeto, podríamos aquí decir con Shakespeare que «es bueno todo lo que termina bien»: bueno será aquel método o combinación de métodos que produzca resultados sea en la docencia, sea en la investigación. Además, el hecho de que las asignaturas que son responsabilidad del área de Derecho Constitucional sean ya más de una y no formen una única ciencia nos hace abandonar la meta del método único, si alguna vez la hemos tenido.

La posición metódica general mantenida aquí viene a ser una combinación de realismo, *Common Sense Philosophy*, pluralismo y un cierto anarquismo metódico. Lo primero procede de autores como Gilson (Gilson, en especial «*Vademécum...*»), que subraya las realidades más que los métodos y teorías. no tanto *cogito, ergo sum*, pues no es literalmente cierto ni natural, como *res sunt, ergo cognosco*; al menos conozco lo que pueda. En asuntos políticos y jurídicos parece conveniente remarcar el principio *res sunt*, dada la naturaleza práctica de la Política y el Derecho. Entre sus consecuencias estaría el atender a las cosas más que a las teorías sobre las cosas y el esforzarnos por explicar una combinación de tipos ideales y realidades en vez de constitucionalismos de ficción o elucubraciones académicas sin fisuras teóricas. Como decimos, este planteamiento valdría tanto para la docencia como para la investigación.

La Escuela Filosófica del Sentido Común no tiene muchos vuelos teóricos, como es de esperar viniendo de Gran Bretaña, que metafísicamente es «un país de tenderos». Pero ello no necesariamente es una acusación en materias constitucionales. Tal como aparece en Teid esta postura sugiere, entre otras cosas, no conjeturar lo obvio y desconfiar de lo que repugne al sentido común<sup>33</sup>. Locke hace un despliegue de esta actitud en el «Segundo Tratado», tan incongruente con el **Ensayo**.

---

<sup>33</sup> La mejor exposición de estas Teorías es, probablemente, la del mismo Reid, Thomas, en «On the Philosophy of common sense», en *Philosophical Works*, Edimburgo, 1895, T II, pp.742-803.

En todo ciudadano ordinario, como en todo estudiante, hay un fondo de sentido común, realismo y sentido de justicia, a veces reprimido u oculto por un estilo intelectual que hipertrofia la metodología y otros academicismos, profesa excesiva reverencia a la autoridad y abusa de un lenguaje innecesariamente abstracto y altisonante que infunde temor reverencial a los jóvenes. Frente a tales circunstancias, que ciertamente no son un caldo de cultivo de librepensadores, hay que hacer ver a los estudiantes que el Derecho y la Política, al revés que la Física Teórica, son cosa de todos, y devolverles la confianza en su propio raciocinio, ayudándoles a desarrollar un juicio propio y un pensamiento vigoroso, pues los sabios también han dicho disparates aunque los hayan formulado sabia u oscuramente, como Hegel.

El anarquismo metódico está relacionado con el de Feyerabend<sup>34</sup>, pero sin su extremismo. Algunos aspectos: sirve lo que conduce efectivamente al conocimiento de la realidad. No hacer docencia dogmática sino problemática (la investigación se supone que no será dogmática por principio). Desnudar la enseñanza de las deformantes apariencias producidas por el exceso de metodología y las terminologías esotéricas. Que las dificultades, si las hay, estén en las ideas y no en la expresión de las ideas. Devolver el Derecho y la Política –ciencias prácticas, al fin– a una formulación en que cualquier jurista, cualquier estudiante razonable, tenga algo que decir. En Derecho, y en particular en Derecho Constitucional, la mayor parte de las cosas pueden ser traducidas a un lenguaje inteligible por toda persona de mediana cultura.

2. Objeto y método, como quedó dicho, no tienen igual importancia. Tiene el primero más que el segundo. Por eso se cita tantas veces el diálogo entre Alicia y el Gato de Cheshire, pues Carroll era un notable matemático preocupado por la lógica y sus problemas:

---

<sup>34</sup> Feyerabend, P.K., **Tratado contra el método**, Madrid, 1981, p.3, 7 y *passim*; y, **Adiós a la razón**, Madrid, 1984, p.94 ss., 104 ss.

«Gatito de Cheshire (...), ¿podrías decirme, por favor, qué camino debo tomar (...)?».

«Eso depende mucho de adónde quieras ir», dijo el Gato.

«*No me preocupa mucho adónde*», dijo Alicia.

«*Entonces no importa qué dirección tomes*», dijo el Gato.

«*Con tal que llegue a algún sitio*», añadió Alicia a modo de explicación.

«Oh, seguro que llegarás», dijo el Gato, «con tal que camines lo suficiente»<sup>35</sup>.

El planteamiento que presentamos aquí parece particularmente aplicable al Derecho. No es éste el lugar para desarrollar una teoría jurídica pero diremos que, según la modesta opinión del autor de estas líneas, el Derecho es una realidad más histórica y prudencial que lógica y sistemática: es un repertorio de soluciones justas para casos de conflicto, basadas en criterios de justicia natural y procedimientos de imparcialidad y juego limpio. Lo crean diversos agentes o fuentes, de los que destacan los jueces. Lo más jurídico de todo no sería la norma sino la operación de sentenciar: que un tercero imparcial resuelva un conflicto conforme a reglas de justicia tanto material como procesal, no dictadas por ninguno de los litigantes.

Decimos que el objeto es más importante que el método y como en este caso el objeto, que es el Derecho, tiene varias fuentes, el método dependerá en parte de la fuente que tenga mayor protagonismo en el supuesto docente o investigador que sea, así como también de las preferencias del investigador. Así, si el Derecho aparece como un sistema

---

<sup>35</sup> Carroll, Lewis (Charles Lutwidge Dodgson), *Alicia en el país de las Maravillas*, Oxford, 1865, cap.VI, (cursivas en el original).

lógico, como un derecho de leyes, en principio el juez, los juristas y las demás fuentes serán débiles, y el tipo de métodos puede ser el clásico lógico-dogmático. Si nos encontramos ante un Derecho de jueces el método será el del caso, y entonces resultará adecuado un enfoque dialéctico. Si nos encontramos ante un Derecho de juristas el método más típico será el comentario. Es claro que raramente nos encontraremos ante situaciones puras, pero estos criterios pueden ser orientativos.

Dentro de lo que se puede decir sobre el método en la investigación, que en esta sede no es demasiado, señalaremos lo que sigue. Nuestra investigación, que normalmente tomará forma escrita, es comparable a la creación literaria, exceptuando la poética, y a la tarea de juzgar. A la creación literaria es comparable en lo que tiene de recogida de materiales, composición, explicación de un asunto por escrito. En cambio, se aparta de ella en la verificación de las hipótesis, la precisión conceptual, la consistencia de la argumentación y, en fin, en todo lo que es estrictamente científico. Admitimos que diversos literatos legos en Derecho han dado en la diana jurídica más certeramente que los juristas –así ha sido en muchas ocasiones desde **Antígona** a **El mercader de Venecia**<sup>36</sup>– pero la manera de aproximarse al tema y de arribar a la conclusión es muy distinta. Con todo, la condición literaria de la investigación jurídica es tan marcada que podemos afirmar que, para ser profesor de Derecho Constitucional, tiene mucho camino adelantado el que tenga facilidad para escribir.

Otro oficio donde se escribe es el judicial, pues la tarea judicial también es en cierto modo comparable a la investigación. El juez también investiga, sigue los *vetigia*, formula hipótesis que espera ver confirmadas o negadas, considera diversas posiciones, las confronta y las ve desde diversas perspectivas y diversos *topoi* –por lo menos desde dos–, pues el conflicto admite varias soluciones y él tiene que

---

<sup>36</sup> Cfr. en general Posner, Richard A., **Law and Literature. A misunderstood relation**, Cambridge (Mass ), 1988, pp. 19-85, *passim*.

decidirse por una. La principal diferencia, que engloba a las demás, es la concreción de la investigación judicial que contrasta con la generalidad de la investigación científica, incluso en una ciencia práctica como el Derecho.

3. Cuando se va adquiriendo una cierta experiencia y con ella una mayor amplitud de perspectiva, sorprende comprobar el carácter local, o nacional, de los diferentes métodos de investigación principales. Acostumbrados a reverenciar la ciencia europea, un día descubrimos que los admirados sabios han incurrido a menudo en un nacionalismo científico poco edificante y se han adherido al método dominante en su país como si no hubiera otro sobre la Tierra. Abundan los ejemplos: así se presentaba el método lógico-dogmático hace unos años, como el único adecuado a la investigación científica en materias jurídicas. Hace algunos años, en cierta Universidad canadiense los candidatos al doctorado agotaban toda la bibliografía disponible en su departamento pero no buscaban fuera ni un libro más. Macintyre, en el prólogo a **After Virtue**<sup>37</sup>, hace una crítica del método que llama *Oxford arm-chair style*, consistente en sentarse en un butacón y reflexionar sobre lo que el investigador y los colegas de su entorno dicen o escriben. Pero, *mutatis matandis*, esa actitud mental básica se da también en muchas otras disciplinas y universidades. Lo ordinario ha sido usar métodos bastante vinculados a un momento histórico y a un país concretos. Lo curioso es que los clásicos, que no estuvieron libres de estos defectos metodológicos, hayan producido no obstante obras perennes, aunque ordinariamente no perennes por su método. Entre ellos hay grandes diferencias, pues, por ejemplo, Montesquieu es más metódico que Locke, pero ninguno se libra de su cuota de método defectuoso o poco universal, y sin embargo ello no les ha impedido escribir libros de alcance universal.

---

<sup>37</sup> Macintyre, Alasdir, **After Virtue. A study in moral theory**, Londres, 1985, IX.

Así las cosas, poco sorprende que cada día sean más los que relativizan la importancia antes concedida al método tanto en la docencia como en la investigación, recuérdense los ficheros de los discípulos de Giner de los Ríos. En lo que se refiere a la docencia es significativo que los norteamericanos, que practican el método llamado socrático, tan diferente del nuestro, se quejen de que al cabo del primer curso los alumnos comiencen a sufrir aburrimiento y rutina <sup>38</sup>, de lo que se deduce que tal fallo no es exclusivo de nuestros métodos no socráticos. Según otro profesor norteamericano, la evidencia empírica sugiere que ninguno de los sistemas importantes de enseñanza del Derecho monopoliza la efectividad, sino al contrario: todos los métodos tradicionales principales parecen tener, en una valoración global, similar eficacia <sup>39</sup>. El nuestro, basado sobre todo en las lecciones magistrales, no tiene por qué dar malos resultados si las lecciones efectivamente son magistrales o al menos aceptables, pues no es realista suponer que todas las clases van a salir magistrales. Las universidades inglesas esposan sobre las tradicionales *lectures*, a menudo no dialogadas y más bien largas, complementadas con la *tuition*. El resultado es la arraigada costumbre estudiantil de asistir poco a ellas. En conclusión: ponderándolo todo, se diría que cualquier profesor que tenga convicciones académicas y algo que comunicar a los alumnos obtendrá, seguramente, buenos resultados, aunque veces se vea obligado a «repetir con entusiasmo» como decía Eugenio D'Ors en su conferencia de 1915, «Aprendizaje y Heroísmo», comentando a Kierkegaard.

Sin embargo, un observador imparcial probablemente encuentre que las universidades anglófonas estimulan el pensamiento más que las nuestras. Cierto, pero, ¿es la lección magistral la causante? Me parece que las raíces del problema más bien podrían ser otras, algunas recién mencionadas: la costumbre de explicar una ciencia cerrada y

---

<sup>38</sup> White, «Doctrine in a Vacuum», en *Journal of Legal Education*. No. 36, 1986, pp.155 ss.

<sup>39</sup> Teich, «Research on American Law teaching», en *Journal of Legal Education*. No. 36, 1986, pp.167 ss.

no una sabiduría abierta, el viejo hábito de escuela de tratar más sobre teorías de autores que sobre cosas, la excesiva reverencia hacia la autoridad del profesor, del libro o del gran sabio, frecuentemente extranjero, la debilidad de la crítica y de la polémica, que se practican poco y sesgadas por filias y fobias, lo que resta vitalidad al comercio intelectual: en el fondo la crítica no siempre es bien vista y por eso no da el fruto que rinde en otros países. El premio Nóbel Severo Ochoa declaraba hace algún tiempo a la prensa que en España no hay un ambiente favorable a la producción científica. Finalmente, una concepción del Derecho científica y teórica más que como ciencia práctica, de manera que, como en la Física, sólo los avanzados pueden opinar y a los principiantes no les queda sino rendir su juicio. Exagerando, podría decirse que muchos intelectuales hispanoamericanos damos la impresión de que nos gustaría, primero, descubrir la realidad, y después formularla de manera impresionante y abstracta (y, si fuera posible, en alemán) en vez de expresarla de la forma más accesible y sencilla que se pueda. En este punto es inevitable citar a Sir Karl Popper:

«Hace muchos años solía yo prevenir a mis estudiantes contra la extendida idea de que uno va a la universidad para aprender a hablar y escribir impresionante e incomprensiblemente. Muchos estudiantes venían entonces a la universidad con este ridículo propósito en la cabeza, especialmente en Alemania (...). Así surgió el culto a la ininteligibilidad, al lenguaje impresionante y altisonante (...). Algunos de los famosos líderes de la sociología alemana (...) están (...) simplemente diciendo trivialidades en lenguaje altisonante»<sup>40</sup>.

La actitud del profesor debe ser una combinación de humildad e ironía (la «ironía universitaria» d'orsiana) que relativicen, moderadamente, sus propias afirmaciones:

«... El profesor debe enunciar sus afirmaciones con un cierto margen de relatividad, y en eso consiste también aquélla esencial ironía de la existencia

---

<sup>40</sup> Popper, en «The Positivist Dispute in German Sociology», pp.294 y 296, cit. por Gellner, Ernest, en *Relativism and the social sciences*, Cambridge, 1985. Incidentalmente, *The Elements of Style de Strunk White y Plain Words* de Sir E. Gowers están en las antípodas.

universitaria. En este sentido, la ironía universitaria es una forma académica de la personal Humildad del que tiene conciencia de no haber alcanzado límites insuperables en su ciencia... En la experiencia docente, esta Humildad del profesor no redundará nunca en merma de su Autoridad, antes bien, la evidencia de tal Humildad, que se manifiesta muchas veces en la capacidad para reconocer los propios errores, no hace más que mejorar el grado y la calidad de su Autoridad académica. Y una forma por la que esta Humildad debe expresarse es por el respeto del que todavía no ha alcanzado ciertos conocimientos, o incurre en errores, es decir, la consideración de no despreciar nunca a sus alumnos, por muy torpes que éstos sean»<sup>41</sup>.

4. Pero como todo lo anterior es demasiado amplio, quisiéramos ofrecer a la consideración del lector algunas indicaciones concretas sobre el método docente:
  - a) Conveniencia de que los estudiantes –y los profesores, ¿por qué no?– tengan libros de cabecera. Llamamos así a esos libros a que se refiere Jean Guilton que se caracterizan porque sugieren, estimulan y acompañan. Son los que más se usan los que se leen en el autobús o en el café, se anotan una y otra vez: a los que se acude siempre en busca de una respuesta o al menos de una pista si el libro no trata específicamente del problema. Como el proceso por el que una obra llega a convertirse en un libro de cabecera es muy personal, no se podrán imponer títulos concretos, pero sí debemos procurar que, sea cual sea el libro que elijan, nuestros estudiantes crucen ese inevitable umbral de la vida intelectual.
  - b) Conocer los clásicos. Ordinariamente los estudiantes tienden a pensar que si los libros de texto modernos son difíciles, mucho más lo serán los clásicos. Esta difundida actitud les impide disfrutar del tesoro de frescura, vigor intelectual y claridad de los clásicos. Un mínimo de familiaridad con los clásicos es un paso que todo estudiante debe dar si no se resigna a habitar en la mediocridad. Al final descubrirá que no sólo son mejores sino también más fáciles.

---

<sup>41</sup> D'Ors, *op.cit.*, p.313.

- c) Manejar directamente los textos constitucionales y, cada vez más, la jurisprudencia porque el razonamiento jurídico está en ella mucho más que en las leyes. Como dice el maestro D'Ors, estudiar Derecho es estudiar libros. No obstante, en ocasiones ocurre que el estudio de libros de texto desplaza o aminora el de esos otros libros que son la Constitución, las grandes leyes y la jurisprudencia, y los estudiantes casi terminan creyéndose incapaces de enfrentarse con esas fuentes sin intermediarios. La realidad, es según mi modesta opinión, que la lectura directa de la Constitución y de los textos constitucionales clásicos, o –por ejemplo– la reflexión sobre los argumentos del juez Marshall en el caso *Marbury contra Madison*, valen por muchas lecciones teóricas. Por otra parte, si las constituciones europeas se van judicializando por otra de las modernas cortes constitucionales, nuestros métodos deberán reflejar esa transformación, por las razones antes mencionadas: si se introduce una fuente nueva o cambian las predominantes, el método docente deberá reflejarlo.
- d) Explicar a base de combinar tipos ideales y realidades. Si no se aprenden tipos ideales no se aprende ciencia; en particular, no se aprende Derecho Constitucional clásico. Al mismo tiempo, como las ciencias prácticas son para la vida, parece lógico hacer hincapié no sólo en el estudio teórico sino también en su ulterior desenvolvimiento real. Habría que evitar enseñar en el vacío, describir la idea de la Constitución, la separación de poderes o la concepción kelseniana de los tribunales constitucionales como si las Teorías se cumpliesen por sí solas. Lo que hace buena a una constitución no es el juicio de los académicos, sino el tiempo que dure aplicándose efectivamente, limitando el poder y garantizando sus derechos a los ciudadanos.
5. Quisiéramos añadir unas palabras sobre el método comparativo y su papel en nuestra asignatura, pues ninguna parte de la misma se denomina «Derecho Constitucional Comparado» a pesar de que la comparación es inevitable en la investigación y recomendable en la docencia.

Tal como lo concibe la escuela italiana, a la cual debe su origen y primeras cátedras desde los tiempos de Pellegrino Rossi, el Derecho Constitucional Comparado consiste en tomar como objeto de estudio una norma o institución, compararla en diferentes países pertenecientes a un mismo tronco genealógico-constitucional <sup>42</sup>. Esmein añadió un matiz algo diferenciador: el método comparativo consistiría en centrarse en la constitución de un país y compararla con las de otros <sup>43</sup>. No consistiría en estudiar sucesivamente, como aquí se propone, algunas constituciones.

Es casi ocioso justificar un mínimo de carácter comparativo en esta rama del Derecho, pues es claro que los países iniciadores del constitucionalismo han sido sólo unos pocos, y en última instancia uno, de manera que el resto de las constituciones fueron naciendo por derivación unas de otras. Es sabido que las constituciones de Gran Bretaña y Estados Unidos así como algunas de las francesas y la belga de 1831 han sido inspiradoras de otras muchas. En no pocos casos, las constituciones de países jóvenes fueron escritas por autores educados en el constitucionalismo clásico, a menudo ingleses o franceses. Por ello, los métodos comparativos resultan imprescindibles, excepto –cabe alegar– que el estudiante viva en uno de los pocos países padres del Constitucionalismo.

Y es verdad que en el Reino Unido, como en los Estados Unidos, el Derecho Constitucional Comparado no es asignatura corriente, pero no es menos cierto que el interés por los otros países está creciendo. El manual de Glendon, Osakwe y Johnson, por poner un ejemplo, estudia los principales aspectos constitucionales de países pertenecientes a dos áreas jurídicas diferentes de la de los autores <sup>44</sup>. La Facultad de Derecho de Edimburgo, para no mencionar sino una

---

<sup>42</sup> Cfr. Biscaretti, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, 1979, *passim*; Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1983. p.67 ss.; Lucas, «Introducción», 9-61, esp. p.41 ss.

<sup>43</sup> Cfr. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1964, pp.7-21.

<sup>44</sup> Glendon-Osakwe-Johnson, *Comparative Legal Traditions*, St. Paul Minn., 1985, pp.62 ss., 715 ss.

de las afamadas del Reino Unido, ofrece un curso regular de *Comparative Constitutions*. En estos momentos, los ingleses y norteamericanos miran cada vez más a los demás países, por razones en las que no podemos entrar ahora, como la decadencia de la Gran Bretaña y su pertenencia a la Comunidad Europea. En todo caso, la aldea global nos obliga a tenernos muchos más presentes unos a otros, y no sólo dentro de la Comunidad Europea. Considérese, además, que el aislamiento británico, en este campo, nunca fue tanto como se piensa: el mismo Bagehot en 1867 comparaba el Parlamento británico con el norteamericano, y Dicey en su clásica obra de 1885 hacía también frecuentes comparaciones, la más famosa la del *Rule of Law* con el régimen administrativo francés. El hecho de que la Constitución española de 1978 esté resultando, en conjunto, exitosa, no nos debe llevar a disminuir el interés por las magnas cartas clásicas ni por las vecinas; si fuera así podría resultar que España estuviera, una vez más, yendo contra la corriente.

Con todo respeto a las autorizadas opiniones de Biscaretti y Esmein, la modesta experiencia del autor de este artículo sugiere que el método comparativo estricto no da óptimos resultados sin haber explicado previamente una constitución clásica al menos, pues nuestros estudiantes ordinariamente carecen de conocimientos previos. Por ello resulta difícil seguir unas explicaciones según el método comparativo puro, pues tienden a considerar los diversos institutos comparados como realidades inconexas o descontextualizadas. Más vale, por tanto, definir cuáles son las (no muchas) constituciones extranjeras que interesan para la mejor comprensión de la del país y explicarlas una tras otra junto con su contexto, teniendo siempre cuidado de desarrollarlas relacionándolas con la propia.

## **V. ¿HACIA DÓNDE VAMOS? APUNTES SOBRE LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN Y CONCLUSIÓN**

No sabemos lo que el futuro depara al Derecho Constitucional pero es claro que estamos en un momento de grandes cambios y grandes

problemas que van más allá de un simple redimensionamiento o cambio de enfoque. Muchas de las alteraciones que se están produciendo plantean otros tantos problemas al constitucionalista, así que en cierto modo podemos decir que ante nosotros se abren tantas líneas de investigación como problemas divisamos. Y éstos abundan. De ellos hay que tratar de identificar los más importantes, que a nuestro juicio son los que siguen.

- a) En primer lugar un problema cultural: ¿plantea la cultura postmoderna alguna amenaza al constitucionalismo? Se diría que sí. El constitucionalismo es una planta que nació sobre la tierra de unos Presupuestos culturales, produciendo dos tipos que, para lo que ahora nos ocupa, podríamos denominar como el historicista y el racional-normativo. En principio, sin meternos ahora en mayores profundidades, parece que se puede decir que la postmodernidad está segando la hierba bajo nuestros pies, erosionando en particular los presupuestos del constitucionalismo sistemático, racional-normativo, pero también los del historicista. Como siempre, el problema dista mucho de ser enteramente nuevo, pero ahora se está planteando con mayor claridad. ¿Se imagina alguien al hombre que el profesor Rojas denomina «Hombre *light*» protagonizando las revoluciones de los siglos XVII y XVIII?
- b) Otro conjunto de problemas que desafía al investigador es el provocado por la crisis del Estado soberano, autosuficiente, señor de su ordenamiento jurídico y de las políticas que se siguen en su territorio, y que no reconoce superior. Estamos en un mundo en el que la no-intervención sagrada hace no demasiados años, suena ahora a argumento decimonónico o disculpa de hipócritas. Un Banco central europeo, independiente de los gobiernos estatales, ya no sorprendería a nadie. En realidad ya hace años que los Estados han perdido su soberanía en asuntos como defensa, materias primas, fuentes de energía, política industrial, comercial y monetaria. Un número creciente de políticas nos vienen dictadas desde fuera y no parece que el proceso vaya a detenerse,

cualquiera que sea la solución final del proceso de integración europea. A todo ello súmese la decodificación de los ordenamientos jurídicos.

Estos fenómenos tienen muchas repercusiones para las constituciones nacionales: dejarán de ser norma suprema y cúspide de todo el ordenamiento jurídico: no regularán la producción de todas las restantes normas. En cuanto a sus notas características y contenido, podría ser recomendable que en adelante no se apoyen en la soberanía, que no se embarquen en la tarea de imponer políticas sociales invisibles en el actual momento europeo –como el Estado Social y los derechos sociales–, e incluso que no traten de regular aquellos aspectos de la vida social que ya ahora están más allá del alcance del Estado español, como ciertos aspectos de defensa, economía y cultura.

Si lo que estamos diciendo se cumple, ¿cómo sobreviviría la Constitución a tales cambios? Dicho de otro modo, ¿en qué medida la crisis del Estado soberano afectará al constitucionalismo? ¿Qué solución queda? ¿Volver a las constituciones meramente programáticas y más bien cortas, de contenido únicamente político? ¿Admitir que la soberanía y la supremacía normativa no son inherentes al concepto de Constitución?

- c) Otro conjunto de problemas son los que oscilan en torno a la separación de poderes y en particular al legislativo, sus funciones y sus relaciones con el ejecutivo. Los parlamentos no tienen ante sí un futuro halagüeño, según parece. No obstante, el profesor Bernard Crick, una autoridad en la materia, no les augura malas perspectivas con tal que asuman una posición modesta, actúen como mediadores y no desconfíen necesariamente de la democracia extraparlamentaria <sup>45</sup>. El profesor Norton, otro experto, es también moderadamente optimista y dice que, en realidad, la

---

<sup>45</sup> Crick, «La tradición clásica de la política y la democracia contemporánea», en **Revista de las Cortes Generales**. No. 23, 1991, pp.17, 18, 22-23.

época dorada del Parlamento británico en el segundo tercio del siglo XIX fue excepcional <sup>46</sup>. En todo caso, su futuro como poder legislativo no parece brillante.

- d) Otra línea de investigación importante, particularmente en Galicia y algunas otras comunidades autónomas, es la que gira en torno al Título VIII de la Constitución, cuyo actual encaje no ha alcanzado todavía la estabilidad. Por eso el estudio del actual proyecto gallego de Administración Única tiene mayor interés que el de la coyuntura política momentánea. Una de las dificultades que se plantean en este campo es que tiene varias facetas, señaladamente la jurídico-administrativa y la internacional. Pero ésta es otra de las monedas corrientes del momento en que nos hallamos, la interdisciplinariedad.
- e) Los derechos sociales y la suerte que aguarda al Estado Social constituyen otra línea de investigación que desafía al constitucionalista, y que también se cruza con la posibilidad de que la Comunidad Europea adopte decisiones contrarias a las intenciones del constituyente español en este campo.
- f) La partidocracia de unos partidos des-ideologizados, los problemas de los parlamentarismos la falta de participación popular y la corrupción forman otro bloque de cuestiones de muy difícil solución, porque la inventiva constitucional a lo largo del siglo XX ha sido más bien escasa, pese a las ingenierías constitucionales en boga hace unos años.

Pero la lista de problemas y posibles líneas de investigación no termina aquí, ni nosotros prendemos agotarla ahora. De todo lo mencionado destacaremos: la crisis del Estado con sus repercusiones en la Constitución, la articulación territorial, y la suerte de los derechos sociales y el Estado Social. El autor de este proyecto docente está en

---

<sup>46</sup> Norton, **Parliament in perspective**, Hull, 1987, *passim*.

estos momentos dirigiendo dos tesis doctorales sobre la autonomía de Galicia y otra sobre jurisprudencia constitucional en materia de derechos sociales.

El planteamiento de la docencia del Derecho Político que hemos expuesto lleva algunos años poniéndose en práctica sin variaciones esenciales. Es comparable a una pirámide cuyo vértice es la Constitución, norma suprema que no nos conduce necesariamente a un enfoque normativista. Las cosas han cambiado mucho desde 1970, e incluso desde 1978 y ahora no cabe duda de que se avecinan más cambios y más rápidos, que influirán tanto en el planteamiento docente como en el investigador. Por ello, una de las ventajas de la visión que ofrecemos es su carácter no muy sistemático y más bien pluralista (por ejemplo en cuanto a fuentes del Derecho), deliberadamente abierto. No se pretende en orbe concluso ni un sistema cerrado, ni en cuanto al objeto ni en cuanto al método, ni en la docencia ni, *ex definitione*, en la investigación.

Una última observación. No quisiéramos dejar en el lector la impresión de que las escuelas europeas continentales. Ni en particular las alemanas, son sólo un gran conjunto de formalistas positivistas que puede ser ignorado o condenado en bloque. La ciencia alemana no está hoy como en la época guillermina. Piénsese en Leibholz, Forsthoff, Kriele, en el mismo Heller, en Rudolf Smend, maestro de Konrad Hesse o en el propio Hesse. Un reciente libro del profesor Lucas Verdú reivindica la Teoría constitucional de Smend, «en cuanto correctivo del positivismo tedioso... que parece predominar entre nosotros» hoy <sup>47</sup>. Simplemente, como se dijo al principio, nos apoyamos más en otros autores, y en un trabajo como éste, doblemente limitado por su propia índole y por el espacio disponible, no se puede reflejar toda la bibliografía principal. Esta clase de distorsiones no son siempre fáciles de evitar: por poner un ejemplo, en «Concepto

---

<sup>47</sup> Lucas Verdú. Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, Madrid, 1987, pp.18-19.

y cualidad de la Constitución», de Hesse <sup>48</sup>, un tema sobre el que los angloamericanos y franceses también tienen algo que decir, no se cita un solo autor que no sea germano. Por lo demás, la influencia alemana en España ha sido tan fuerte que casi puede darse por supuesta una mínima familiaridad con ella, tanto antes como ahora; incluso un distinguido y conocido profesor ha escrito que todos los constitucionalistas españoles deberíamos, en cierto modo, germanizarnos <sup>49</sup>.

Obviamente, este trabajo no tiene la pretensión de ser indiscutible ni definitivo. La especial dificultad de la materia, las perplejidades y rectificaciones que jalonan el camino recorrido hasta ahora y la conciencia de las propias limitaciones, que crecen con el paso del tiempo, no sugieren otra cosa. Por ello este trabajo queda sometido a la crítica de mis colegas, especialmente a la de aquellos que tienen más *auctoritas* para pronunciarse sobre el tema porque me aventajan en ciencia o experiencia.

⊗ Índice General

⊗ Índice ARS 10

---

<sup>48</sup> Hesse, **Escritos de Derecho Constitucional**, ed. esp., Madrid, 1983, pp.1-31.

<sup>49</sup> Sobre la influencia de la Ley Fundamental de Bonn en la España actual, cfr. Cruz Villalón, Pedro, «La recepción de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana», en **Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario**, No. 1, 1989, pp.65-90.