

# DERECHO NATURAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Pietro Giuseppe Grasso\*

Universidad de Pavía

## I. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO INTENTO DE REEMPLAZAR AL DERECHO NATURAL

Entre los muchos temas –tan múltiples como cambiantes– que evoca el título «El derecho público a la luz del derecho natural», se impone una elección circunscrita a algunos aspectos esenciales, si bien parciales. Puede por tanto decirse algo acerca de las relaciones entre estos dos términos, derecho natural y derecho constitucional, ya que en este último quedan reflejadas de forma inmediata las visiones ideológicas dominantes y los avatares histórico-políticos. En estudios actuales se recuerda que el derecho constitucional había sido concebido, en origen, con la función de sustituir al derecho natural, y ello tanto en la concepción clásico-cristiana como en la moderna racionalista. Por lo que atañe a la concepción más antigua, se observa que, una vez caída con la Reforma la unidad religiosa cristiana e iniciado el proceso de «secularización», había ido afirmándose la exigencia de establecer un principio de responsabilidad política y jurídica de los gobernantes, que debía hacerse valer con procedimientos y sanciones de derecho positivo, o legales, con independencia de llamamientos a la justicia divina y referencias a mandamientos heterónomos de responsabilidad para con Dios<sup>1</sup>. Del derecho natural moderno, construido por deducción por la razón humana definida absoluta, independiente, infalible, se afirma que, al haberse demostrado insostenible desde el punto de vista filosófico e insuficiente para el desarrollo socioeconómico, se trató de reemplazarlo con el derecho constitucional en la versión denominada con la expresión «Estado de derecho»<sup>2</sup>.

---

\* Revisión de la traducción castellana del original italiano de Miguel Ayuso.

<sup>1</sup> C.J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia*, trad. ital., Neri-Pozza, Vicenza, s.f., págs. 24 ss.

<sup>2</sup> J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, trad. ital., Einaudi, Turín, 1992, págs. 67 ss.

En afirmaciones del tipo de la que queda referida se enuncian tesis teóricas que pueden ser ampliadas y sufragadas con la ayuda de argumentos jurídicos y de observaciones inferidas de las experiencias históricas. Bien es verdad —todo hay que decirlo— que las mismas afirmaciones implican algunas aclaraciones y delimitaciones de carácter previo. Por lo que al derecho natural se refiere, constan motivos que sustentan la doctrina según la cual se juzga que hoy es aún —por lo menos teóricamente— merecedora de consideración tan sólo la concepción más antigua, la clásico-cristiana, ya que ésta puede de alguna manera proponerse, si bien en el contexto de determinados presupuestos. No parece que pueda decirse lo mismo de la construcción moderna y racionalista del derecho natural, que se revela bastante menos segura y más problemática a la hora de volver a proponerse, incluso bajo el aspecto puramente teórico. A ello hay que añadir que en algunos estudios del pasado se habían hallado en el iusnaturalismo racionalista las premisas lógicas para el paso al positivismo jurídico.

Las afirmaciones referidas tienen además sentido en relación con las experiencias de derecho público realizadas en los países de la Europa continental, entre los cuales se hallan notables analogías por lo que respecta a los principios inspiradores y a las instituciones de gobierno, además de en los presupuestos histórico-espirituales y en las teorías generales del derecho. También para las cuestiones que son objeto del presente estudio se juzga preferible considerar principalmente los ordenamientos liberaldemocráticos de tales países. Quedan pues excluidos los estudios especialmente dedicados a todo lo referente al ordenamiento inglés y también al americano, aun cuando precisamente allí tuvieran origen histórico las instituciones constitucionales imitadas posteriormente por los autores de las constituciones escritas de los Estados europeos continentales. Huelga decir que los pueblos inglés y estadounidense habían conocido otros avatares históricos, otras premisas culturales, otras experiencias jurídicas. También resultan diferentes la importancia y la extensión de los textos escritos, de sus elementos anexos y de los instrumentos formales: *in primis*, la importancia atribuida a los documentos solemnes de las constituciones. Muchos razonamientos y elaboraciones de la ciencia constitucionalista de la Europa continental se han revelado pues inadecuados para penetrar la realidad jurídica de los países anglosajones. A la inversa, la comparación con las experiencias constitucionales inglesa y estadounidense se revela útil con vistas a un reconocimiento realista de los caracteres y evoluciones de los ordenamientos europeos continentales. Estos aspectos problemáticos podrán ser objeto de alguna referencia rápida en el desarrollo posterior.

## II. NOCIONES DE LOS TÉRMINOS DERECHO NATURAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

En añadidura a cuanto queda indicado y con vistas a la presente exposición, se revelan útiles, necesarias incluso, unas indicaciones previas, todo lo suma-

rias que se quieran, acerca del significado de los dos términos derecho natural y derecho constitucional, ya que existen a este propósito incertidumbres e incluso disputas entre los estudiosos.

- a) De acuerdo con las concepciones que gozan de mayor crédito y difusión, como primera y elemental noción es menester reconocer que por derecho natural se entienden determinadas normas éticas e incluso un orden que constan inmediata y directamente por la misma naturaleza humana; no se derivan de un contrato, de alguna disposición o legislación prescrita por poderes políticos constituidos<sup>3</sup>. En estos términos, en vez de un concepto apto para comprender la esencia del derecho natural, parece enunciarse una noción de límites suficientes para distinguir y separar el orden ideal designado como derecho natural de todo lo que se engloba en el derecho positivo.
- b) La expresión derecho constitucional apareció en tiempos de la Revolución Francesa, estrechamente vinculada a la entrada en vigor de las primeras constituciones escritas impuestas por los revolucionarios, definidas como leyes supremas o «fundamentales» de los Estados. La institución de las primeras cátedras universitarias denominadas de derecho constitucional tuvo lugar en Italia, tras la invasión de las tropas francesas bajo el mando de Napoleón Bonaparte: en Ferrara en 1797 y poco después en Pavía y en Bolonia. En 1834 se instituyó en París una cátedra con la misma denominación, cátedra que se destinó al italiano Pellegrino Rossi, que había estudiado en Bolonia. En la actualidad, la expresión derecho constitucional se emplea en dos sentidos distintos pero coordinados, denominando tanto una rama del derecho positivo como una rama de las ciencias jurídicas. Con la llegada de los regímenes liberaldemocráticos, acabó adquiriendo importancia propia el conjunto de las reglas, y, en otro orden conceptual, también el conjunto de las instituciones, referentes a la formación y al ejercicio del poder político supremo del Estado moderno, además de las relaciones fundamentales del mismo poder con sus súbditos. Correlativamente fueron constituyéndose disciplinas de estudios jurídicos especializados cuyo objeto eran precisamente dichas instituciones y normas.

### III. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO EXPRESIÓN ÚLTIMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

En el contexto de los sistemas europeos continentales, puede juzgarse que el derecho constitucional trae origen y desarrollo de un designio de ampliar las

---

<sup>3</sup> J. DAVID, *Il diritto naturale: problemi e chiarimenti. Un nuovo ripensamento critico*, trad. ital., Paoline, Roma, 1968, pág. 19.

disciplinas del derecho positivo al mayor número posible de relaciones y materias, así como a la organización y acción de los poderes políticos, y también de la voluntad de perfeccionar al máximo los instrumentos del derecho positivo. Semejante designio parece responder a la ideología del positivismo jurídico, derivada por exaltación de la importancia del derecho positivo, por lo menos bajo dos importantes aspectos. Por un lado, el derecho constitucional constituye una deducción extrema del «constructivismo» jurídico, conforme al cual se procura reducir todo el derecho a un sistema de proposiciones y procedimientos, estudiados *a priori* mediante cálculos, planes, artificios, y sancionados sucesivamente en virtud de la voluntad de un legislador supremo<sup>4</sup>. Por otra parte, más allá del detalle de las técnicas legislativas y de procedimiento, en el positivismo se expresa una visión general, que queda compendiada en el «principio fundamental que considera el derecho como materia de experiencia, quedando por ello excluidos del ámbito del mismo valores, principios y —aún más— sistemas que trasciendan la experiencia. En el ámbito del conocimiento jurídico, el positivismo procura, en términos generales, mediante la crítica a los sistemas y métodos propios del iusnaturalismo, el programa antimetafísico que constituye la base del pensamiento contemporáneo»<sup>5</sup>.

En los términos a los que acabamos de aludir, se reconocen las conexiones entre los desarrollos de las teorías del derecho y las corrientes espirituales que dominaron largo tiempo en la historia de la Europa continental, y más específicamente la «secularización», el «laicismo» y el «racionalismo». Siguiendo un vocabulario ampliamente aceptado, también se suele hablar del paso de una visión «teocéntrica» a una «antropocéntrica», incluso también a una «antropolatría». Por lo que a la presente exposición se refiere, resulta significativa una frase de Carl Schmitt, perteneciente a su *Glossarium*: «El derecho al error religioso se ha transformado en fundamento del derecho constitucional»<sup>6</sup>. La frase halla explicación en la referencia histórica a la proclamación de la libertad religiosa, concebida en sentido laicista, elevada a arquetipo de las libertades individuales y premisa de las constituciones contemporáneas. A esa primera afirmación reenvía un largo proceso de evolución que culminó en la construcción acabada de un sistema cuyo fin era establecer el gobierno de los hombres en la tierra.

---

<sup>4</sup> A propósito de la noción de «constructivismo», reenviamos a F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, especialmente el vol. I, *Regole e ordine*, trad. it., Il Saggiatore, Milán, 1973, págs. 13 ss., *passim*, ej. 168 s. Cf. también G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, 1922, ahora en *Opere*, Giuffrè, Milán, 1959, I, págs. 417 ss. *passim*.

<sup>5</sup> P. ZICCARDI, «Diritto. Partizioni, X, a), Diritto internazionale pubblico», voz de la *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, Milán 1964, pág. 993.

<sup>6</sup> C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Duckert & Humboldt, Berlín, 1991, pág. 6 (día 29.8.1947).

El carácter positivista se ve cada vez más reforzado en el curso de los sucesivos ciclos de constituciones: constituciones revolucionarias, cartas de la Restauración, constituciones liberales burguesas del siglo pasado y de principios de siglo, constituciones «racionalizadas» que empezaron a aparecer en los años sucesivos a la primera guerra mundial. Por lo que atañe a criterios e instrumentos formales, se introducen innovaciones de relieve, como la denominada «rigidez», con una eficacia de las disposiciones constitucionales supraordenada a las leyes ordinarias, y el control «centralizado» de la legitimidad constitucional encomendado a un tribunal único. Por lo que se refiere a los contenidos, se notan tendencias a extender lo más posible los cánones constitucionales de derecho positivo. Desde su origen y durante un largo período, en los textos de las constituciones escritas se incluían por regla general disposiciones previas acerca de los poderes supremos del Estado y los derechos fundamentales de los individuos, conforme al famoso enunciado incluido en el art. XVI de la Declaración francesa de 1789. Sucesivamente, ya en la posguerra del primer conflicto mundial, con la Constitución alemana denominada de Weimar, de 1919, había prevalecido sin embargo una dirección bastante diferente, que ponía por obra el designio de añadir en los textos, amén de esas disposiciones históricas, las garantías de los derechos sociales y numerosos enunciados (a veces incluso minuciosos) referentes a otras relaciones y materias de derecho civil, penal, administrativo, procesal. A este propósito se ha hablado de constituciones «extensas», en oposición a las constituciones anteriores, llamadas «breves». En relación con el desarrollo creciente del control de legitimidad constitucional de medidas imprevistas, se han definido como constitucionales nuevas cuestiones relacionadas con multitud de hechos políticos, sociales y económicos. De las evoluciones que quedan indicadas se derivan tendencias de extensión de la denominación de derecho constitucional a contenidos heterogéneos y dispares, de forma que resulta problemático para estudiosos y técnicos discernir nexos comunes sustanciales en tales relaciones y materias, así como elaborar construcciones sistemáticas.

#### **IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ELEMENTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÍODO DEL ABSOLUTISMO: ESTADO Y PREPONDERANCIA DE LA LEY**

Merece recordarse el hecho de que la formación histórica del derecho constitucional de tipo europeo continental había tenido sus antecedentes en la época del absolutismo. Tras la ruptura de la unidad eclesial que sucedió a la Reforma, con la reducción de la religión a sentimiento o hecho individual privado, se había presentado «el gran problema del derecho moderno», es decir «dar fundamento objetivo al orden jurídico sin recurrir a la fe en un Dios creador y ordenador del universo»<sup>7</sup>. De acuerdo con las

---

<sup>7</sup> W. CESARINI SFORZA, «Diritto. Teoria generale, I, Principio e concetto», voz de la *Enciclopedia del diritto*, XII, cit., pág. 645.

concepciones inmanentistas y con la exaltación del hombre, había llegado a creerse que de los principios generales de la razón humana se habría podido obtener una «ley de naturaleza» que incluyera las reglas para la vida común y para la asociación política. Empero —como ya hemos recordado— la construcción teórica de un derecho natural racionalista se reveló muy pronto insostenible desde el punto de vista filosófico, insuficiente para las necesidades históricas, inadecuada para fijar reglas y límites a la expansión del poder político.

Durante el mismo período absolutista, en muchos países del Viejo Continente se habían registrado además desarrollos harto notables en las formas modernas del derecho positivo, que llevaron a emprender las codificaciones. Puede advertirse que, con las reformas de entonces, al derecho positivo se le habían impreso caracteres correspondientes al espíritu del racionalismo, y por tanto a las mismas premisas conforme a las cuales se había intentado fundar un iusnaturalismo moderno, inmanente, totalmente humano. De la exaltación extrema del hombre y sus facultades se hacía derivar la convicción de que fuera posible construir un sistema artificial de derecho concebido por mentes ilustradas y expresado racionalmente mediante una escritura clara, precisa, eficaz. Análogamente, el positivismo jurídico tenía su origen en las mismas raíces ideológicas del iusnaturalismo racionalista. Para el objetivo de la presente exposición, hay que considerar sobre todo dos elementos esenciales del derecho positivo europeo introducidos en la Edad Moderna, que conocieron desarrollos adicionales en épocas sucesivas: el Estado y la preeminencia de la ley escrita, impuesta mediante un acto formal de una autoridad.

- a) Diferentemente de las formas anteriores de gobierno, consideradas como resultados casuales de acontecimientos imprevistos, el Estado se definía en cambio como una construcción artificial, calculada, abstracta, de la razón, preordenada conforme a un designio preciso, casi una «obra de arte», un mecanismo, un edificio político. Además, en su enunciado primigenio, la soberanía como potestad suprema, independiente, original, se concebía prácticamente como resultado de operaciones lógicas consideradas suficientes para demostrar como insertado en el poder político un título radical absoluto de autojustificación, independiente de reglas heterónomas, simple, sintético. En sentido conforme a la concepción racionalista, amén de soberano el Estado se calificaba como ordenamiento «político», pues se le consideraba legitimado para velar por todos los fines posibles de la coexistencia pacífica de una comunidad en un territorio determinado, en lugar de las complicadas y fragmentarias organizaciones medievales.
- b) Conforme al conocimiento general, durante la Edad Media toda potestad terrena, así como todo precepto jurídico, hallaba legitimación y validez

en el derecho natural de derivación divina. Gran parte de las reglas de derecho positivo referentes a las relaciones entre los sujetos y a la organización de los poderes públicos se dejaban después al albedrío de la formación espontánea de costumbres elaboradas empíricamente, poco a poco y fuera de cualquier racionalización e imposición por parte de sujetos titulares de imperio. La legislación escrita constituía una fuente parcial con disciplinas fragmentarias, diseminadas, complementarias y sin embargo explicativas respecto a las demás manifestaciones del derecho. Con las innovaciones del absolutismo llegaron en cambio a afirmarse, en línea de principio, la preeminencia e incluso la «omnipotencia» de la ley escrita, ya que ésta se definía capaz de situarse como fuente única —como un monopolio— para la formación de las normas positivas<sup>8</sup>. Conforme a la mentalidad de la época, la escritura se presentaba como el instrumento de expresión apto para hacer valer los cánones de racionalidad, claridad, precisión, eficacia adecuados a la imagen de una Humanidad emancipada. La ley había de recibir contenido y medida en la mente de un legislador ilustrado, ajeno a las pasiones, independiente de vínculos tradicionales y religiosos no compatibles con la racionalidad. Por consiguiente, además, habría debido restringirse cada vez más —si no eliminarse del todo— la eficacia de la costumbre, resultado de lo imprevisto, la casualidad, la contradicción, el albedrío. A este propósito se revelan ejemplares las polémicas del siglo XVIII alrededor del derecho penal, animadas por la aspiración a obtener —en un principio de los monarcas reformadores— un sistema legislativo inspirado en la separación neta entre un crimen concreto y el pecado, mediante la reserva a favor de la ley humana de preceptos y sanciones penales. La ley escrita se consideraba pues fuente necesaria y única, apta para fundar una legislación racional, justa, humanitaria.

## V. ORIGEN DE LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÍODO REVOLUCIONARIO

Aparte del agotamiento del movimiento del derecho natural racionalista, en la segunda mitad del siglo XVIII también había acabado cayendo la confianza que los innovadores habían puesto en la obra reformadora de los soberanos absolutos. Por ello habían acabado dominando aspiraciones que buscaban en el

---

<sup>8</sup> Se hace notar que el principio de la preeminencia absoluta de la ley formal escrita ya lo había afirmado Jean Bodin respecto al Estado absoluto, pero tuvo su realización posterior en los ordenamientos liberaldemocráticos. Véase por ejemplo H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*: I, *Die Grundlagen*, Athenäum, Francfort de Meno, 1970, pág. 343.

derecho positivo los remedios adecuados para los problemas jurídico-políticos de la época. En la formación del derecho constitucional, efecto de las innovaciones radicales traídas por la Revolución Francesa, confluyeron elementos de dos contextos histórico-culturales. Por un lado, se registraron desarrollos coherentes de las concepciones racionalistas que quedan indicadas y de los criterios formales ya acogidos por el derecho positivo en tiempos del absolutismo ilustrado. Por otro lado, se había determinado la convicción de la necesidad de instaurar otras instituciones aptas para asumir la gestión de los poderes legislativo, ejecutivo, judicial, amén de reglas sobre la responsabilidad de los gobernantes. Se pensó, pues, en importar las instituciones y garantías establecidas en el derecho público británico, replanteadas conforme a los criterios del racionalismo jurídico continental.

Tal duplicidad de fuentes ideales ya la había advertido Antonio Rosmini<sup>9</sup>. En una página harto conocida, había él contrapuesto, como si fueran paradigmas: la constitución escrita, con pretensiones de resultar completa y orgánica, introducida con la Revolución Francesa, y la constitución consuetudinaria, establecida gradualmente por evolución secular en Inglaterra. De las muchas facetas que presenta semejante distinción general, creemos merezca recordarse en el presente estudio cierta relación de carácter genético entre uno y otro modelo de constitución. Si se consideran los orígenes históricos reales, es indudable que los contenidos —es decir, los principios, las garantías, las instituciones del gobierno representativo— se derivan de Inglaterra, donde habían ido formándose la tutela jurisdiccional de los derechos individuales; la independencia del juez; la representación política; el sistema bicameral; la monarquía constitucional como prefiguración de la denominada pluralidad de los órganos supremos. Todo este ordenamiento se había establecido poco a poco, como efecto de transformaciones concretas y adaptaciones progresivas de las instituciones heredadas de la Edad Media. Tras el paso intermedio de la revolución de las colonias norteamericanas, los elementos empíricos sustanciales del derecho inglés fueron importados y replanteados en las Cartas de la Francia revolucionaria. Por lo que respecta a los contenidos y aspectos sustanciales, en el constitucionalismo francés no se registraron invenciones de figuras, instituciones, nuevas garantías. Incluso la primera idea de constitución escrita había sido anticipada, si bien en diferente contexto cultural, por las constituciones de las ex colonias norteamericanas y de los Estados Unidos. En Francia se sancionó formal y legalmente la totalidad de dichas conquistas con el compendio escrito en las cartas constitucionales. Respecto a los contenidos, se excogitaron en cambio

---

<sup>9</sup> A. ROSMINI, *Progetti di costituzione. Saggi editi ed inediti sullo Stato* (Edición nacional de las Obras editadas e inéditas de A. Rosmini-Serbati), Bocca, Milán, 1952, págs. 67 s., y en *Scritti politici*, edición de U. Muratore, Edizioni Rosminiane, Sresa, 1997, págs. 45 ss.

justificaciones ideológicas y construcciones conceptuales inspiradas en el espíritu del racionalismo: los «inmortales principios»; la soberanía de la nación, es decir del cuerpo social, entidad colectiva, hipóstasis por encima de los individuos; la transfiguración de las garantías históricas inglesas como derechos humanos universales, atributos originales, abstractos, independientes de la historia; la división de poderes como criterio racional absoluto; la preeminencia de la ley; la exaltación extremada de la constitución escrita como «ley fundamental» del Estado y del cuerpo social.

Amén de la tendencia a restringir —cuando no a negar— la acción de la costumbre como fuente original del derecho público, la superioridad de la constitución según el modelo francés marca un distanciamiento respecto a lo trascendente. Como enunciado explícito de la concepción antropocéntrica inmanentista de las constituciones y del derecho constitucional, existen voces autorizadas que reconocen también la proclamación de la soberanía del cuerpo social, pueblo o nación, insertada en numerosos textos constitucionales<sup>10</sup>. Las mismas proclamaciones se consideran además como cláusulas que excluyen toda eficacia del derecho natural, cualquiera que sea la manera de concebir éste<sup>11</sup>. A este propósito puede recordarse también, para un cotejo con las consideraciones anteriores, otra famosa página rosminiana. En la Declaración de Derechos de 1789, el Roveretano había reconocido como criterio inspirador la pretensión de poner «a la sociedad civil en el lugar de la Moral y del mismo Dios», además de imponer como legítima en el mundo tan sólo esa misma «sociedad», tendiendo, si no a eliminar, sí a subordinar y vincular otras sociedades, la religiosa y también la familiar<sup>12</sup>. Las últimas experiencias confirman una vez más esta dirección que acabamos de subrayar. En efecto, no falta quien pretende que en el cuerpo de los textos constitucionales también se inserten principios, postulados, valores absolutos, intangibles; contrariamente pues a las concepciones históricas del derecho natural, que se presupone como orden trascendente, original, heterónomo, irreductible en sí a un contexto escrito establecido mediante actos de imperio de hombres, amén de independiente de mecanismos artificiosos.

---

<sup>10</sup> Véase especialmente G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, en *Opere*, cit., I, págs. 330 s., así como T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952, págs. 305 s.

<sup>11</sup> En este sentido, véase C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padua, 1954, pág. 22; P.F. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana*, Cedam, Padua, 1972, págs. 22 ss.

<sup>12</sup> A. ROSMINI, *Filosofía del diritto* (Edición nacional de las Obras editadas e inéditas de A. Rosmini-Serbati), Cedam, Padua, 1969, V, pág. 1397 y *passim*.

## VI. CONTRAPOSICIONES ENTRE LAS CONCEPCIONES TEÓRICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA REALIDAD

En las críticas más enérgicas que desde un principio cosecharon las constituciones europeas continentales, se había insistido en la falacia que entrañaba el designio de instaurar un ordenamiento político concebido *a priori*, conforme a premisas ideológicas, abstractas, racionalistas, sin tener en cuenta las diferentes realidades y condiciones histórico-espirituales de cada pueblo. A tales críticas se remite la ingeniosa observación según la cual las instituciones constitucionales occidentales, en realidad, logran subsistir mientras se eviten intervenciones extremas consiguientes a las premisas ideológicas del mismo constitucionalismo<sup>13</sup>.

- a) Como ya advirtiera en el pasado una voz autorizada del pensamiento católico, el presupuesto teórico primario del liberalismo y de las ideologías democráticas occidentales se revela inadecuado para fundar y mantener cualquier tipo de sociedad<sup>14</sup>. A decir verdad, y por su propia naturaleza, la independencia de la razón y la voluntad ilimitada de los individuos parecen aptas para favorecer la disociación y la disolución, y no precisamente la reunión y la cohesión social. Queda por demostrar la tesis según la cual de una miríada de opciones individuales, cada una animada por motivos diferentes en sentimientos, intereses, culturas, deseos, se afirma que han de surgir, como por ensalmo, opciones y directrices comunes coherentes. En época reciente, merecen señalarse coincidencias en la misma dirección por parte de algunos estudios ajenos a planteamientos de carácter religioso. Más concretamente, se observa que, de hecho, los regímenes liberaldemocráticos han podido establecerse y conseguir un desarrollo ordenado tan sólo en comunidades en las que podía contarse con cierto «clima social» favorable a orientaciones colectivas extendidas, no tanto pues por la suma de reconocimientos voluntarios de distinto tipo y de decisiones personalmente responsables de los individuos como seres independientes, cual si de átomos de tratara<sup>15</sup>. Muchos son además quienes juzgan que la idea de nación, al ser apta para despertar sentimientos comunes, ha ejercido una función de moderación y freno de los excesos individualistas. Digno de recordar es sobre

---

<sup>13</sup> En este sentido merece recordarse una indicación en G. MOSCA, *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Giuffrè, Milán, 1958, pág. 12.

<sup>14</sup> En el texto se considera la enseñanza del Padre L. TAPARELLI, *Esame critico degli ordini rappresentativi nella società moderna*, I, *Principii teorici*, Civiltà Cattolica, Roma, 1854, p. ej. págs. XVIII ss. y en general la Introducción, págs. I ss. y 39.

<sup>15</sup> N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. ital., Giuffrè, Milán, 1995, p. ej. págs. 26 s.

todo el reconocimiento de la persistencia, incluso tras la llegada de los regímenes liberales y democráticos, de cierta eficacia de los vínculos asociativos legados por las enseñanzas de la tradición católica. Si bien de manera imprecisa y no siempre feliz, a veces con alteraciones, en muchos pueblos habían perdurado largo tiempo convicciones acerca de la necesidad de algún tipo de gobierno y del deber de obediencia al poder constituido. También los gobiernos modernizados han podido pues hallar beneficio y apoyo en sentimientos opuestos a los caracteres de la modernidad, opuestos a la intolerancia con cualquier mandato y al deseo perpetuo de novedad al socaire de los cambios de opinión.

- b) Otro de los fines iniciales procurados mediante las constituciones escritas, como queda recordado, era el de reducir a la mínima expresión, incluso eliminar llegado el caso, la eficacia de la costumbre como fuente de disciplina de los poderes y de las relaciones entre poderes e individuos. En vez de aproximaciones empíricas y casuales, se aspiraba a fijar reglas claras, sintéticas, ciertas, inspiradas en criterios racionales. Llegando al extremo, con la «racionalización» de los textos constitucionales inspirados en el modelo de Weimar se había llegado a esperar una reducción a esquemas concebidos como en laboratorio de las estructuras de gobierno parlamentario, que habían tenido origen y desarrollo en evoluciones y sucesiones de acontecimientos imprevistos, con independencia de toda previsión escrita. Tales proyectos puede decirse hoy que quedaron, en su gran mayoría, sin realizar. Como es sabido, la vida constitucional de los países europeos continentales queda determinada en gran parte en virtud de hechos normativos, es decir, de prácticas, usos, convenciones entre titulares de poderes públicos. Es general la afirmación de la conveniencia de que ningún país se gobierne exclusivamente con arreglo a la letra de los textos. Suele decirse también que si en dos países estuvieran vigentes dos textos idénticos de constitución escrita, con el paso del tiempo acabarían gobernándose en la práctica de distinta manera. Parece pues que se disciernen tendencias comunes a reconstituir y mantener reglas consuetudinarias constitucionales. Queremos poner de relieve, a este propósito, la utilidad de la referencia a la experiencia británica, con vistas a una comparación y crítica de los sistemas constitucionales de derecho escrito.

La insuficiencia de textos escritos parece haberse transformado en noción de dominio común, ya que se ha llegado a construir con ella una figura teórica. Como es sabido, a los significados más frecuentados de la palabra constitución en sentido «formal» y «documental» —que atañen a los textos oficiales—, muchos autores han añadido y a veces incluso contrapuesto lógicamente también conceptos de «constitución en sentido material», si bien con planteamientos

diferentes, con el fin de extender la cognición jurídica a las estructuras de las organizaciones políticas institucionales, las cuales en su mayoría se forman y proceden de manera propia, fuera de las previsiones escritas.

## VII. ANTINOMIAS EN EL CATÁLOGO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ACERCA DE LA NOCIÓN DE HOMBRE

Dejando a un lado las dificultades y los mismos fracasos derivados de los intentos de realizar un modelo de gobierno antropocéntrico, inspirado en esquemas racionalistas, se detectan antinomias e imprecisiones intrínsecas a las ideologías y a los textos constitucionales. Algunas de ellas diríanse dotadas de gran interés también por lo que respecta a las cuestiones inherentes a las relaciones entre derecho natural y derecho constitucional.

En concreto se ha advertido que, por un lado, el «liberalismo nunca ha tenido una comprensión hondamente unitaria del hombre»; por otra parte, el liberalismo se identifica con «el concepto del humanismo antropocéntrico», y por tanto con el postulado del gobierno del hombre sobre la tierra<sup>16</sup>. Análogas incertidumbres y contradicciones respecto a las premisas se detectan en los enunciados de los textos constitucionales, en los que se evocan nociones diferentes y de todas formas en contraste, con referencias a aspectos parciales de la realidad humana, sin la posibilidad de reconstruir una visión unitaria<sup>17</sup>. Resulta instructiva a este propósito una lectura crítica de los catálogos más recientes de los derechos fundamentales insertados en las constituciones o en las declaraciones internacionales, en los que se distinguen tres categorías:

- a) derechos de libertades individuales;
- b) derechos políticos de participación democrática en el gobierno de la cosa pública;
- c) derechos sociales.

Resulta importante destacar que a cada una de estas categorías de derecho le corresponde, en las premisas teóricas, una concepción propia y distinta del hombre.

- a') Las libertades individuales, *fuera* del Estado e incluso *contra* él, tienen como presupuesto la imagen del hombre que ha llegado a su «mayoría

---

<sup>16</sup> A. RONCUZZI, *L'impossibile secolarismo*, Marzorati, Milán, 1970, pág. 136.

<sup>17</sup> Permítasenos remitir, a este propósito, a P.G. GRASSO, «La persona nel diritto costituzionale: uomo e cittadino», en la obra colectiva *Persona e diritto* (Actas del Simposio Interdisciplinar Internacional, Udine 1988), Missio, Udine, 1990, págs. 45 ss.

de edad», capaz de «atreverse a saber» y de «decidir» por elección propia su bien e interés, aun solo contra todos.

b') Los derechos políticos o de «libertad *en el Estado*» tienen como presupuesto el paradigma ideal del «ciudadano», juzgado capaz de valorar, conjuntamente con sus conciudadanos, las necesidades comunes, incluso por encima de sus intereses individuales.

c') En los derechos sociales se reconoce la referencia a otra figura, designada como *homme situé*, concebido como hombre abrumado por las necesidades reales diarias, pobreza, ignorancia, enfermedades, contradicciones y desigualdades económico-sociales. Para estos últimos, el derecho subjetivo se reduce a obtener subsidios y ayudas públicas consideradas necesarias para asegurar a cualquiera un cierto nivel de vida mínimo.

Como es sabido, en los países occidentales parecen prevalecer efectivamente tendencias con vistas a conjugar las exigencias relacionadas con las tres figuras mencionadas de los derechos fundamentales, incluso aviniéndose a pactos, ajustes empíricos, medidas ocasionales. Según doctrinas autorizadas, dichas tendencias suelen en su mayor parte circunscribir el objeto de los acuerdos a la mera distribución de bienes y servicios materiales de forma que en sí misma excluya cualquier referencia a sistemas de derecho natural<sup>18</sup>. Las tendencias a hacer del pacto la regla constante de la vida pública se corresponden a las lógicas del «pluralismo moral», que en la actualidad se suele considerar coesencial con las razones primordiales de los ordenamientos occidentales. Efectivamente, prevalece la tesis según la cual la liberaldemocracia consiste en garantizar la coexistencia de las muchas «morales», ideologías, confesiones religiosas que de hecho se han sucedido en la sociedad, sin preferir ninguna de ellas como exclusiva, absoluta. En dirección análoga, responde a la lógica del pluralismo ético evitar opciones a favor de una u otra concepción del hombre. Todo ello significa que en los regímenes liberaldemocráticos la doctrina oficial ha de inspirarse en visiones contingentes y relativistas<sup>19</sup>. Queda pues marcada en la época contemporánea la diferencia entre los regímenes liberaldemocráticos y los totalitarios<sup>20</sup>. En estos últimos se impone una sola ideología como absoluta, verdadera y justa, y se contempla como único y exclusivo un solo concepto de hombre.

---

<sup>18</sup> E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, C. H. Beck, Munich-Berlín, 1961, pág. 67.

<sup>19</sup> Se hace aquí referencia a la conocida tesis de H. KELSEN, *La democrazia*, trad. ital., Il Mulino, Bolonia, 1981 (cf. especialmente los ensayos *Essenza e valore della democrazia*, 1928, págs. 131 ss.; *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, 1948, págs. 439 ss.).

<sup>20</sup> Una expresión particularmente eficaz a este propósito se encuentra en C. SCHMITT, *Donoso Cortés interpretato in una prospettiva paneuropea*, trad. ital., Adelphi, Milán, 1996, pág. 112.

## VIII. ANTINOMIAS INHERENTES A LA DEFINICIÓN DE DEMOCRACIA: PROCLAMACIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR Y DOMINIO EFECTIVO DE POCOS SOBRE MUCHOS

Otros desequilibrios y contraposiciones entre la letra y los hechos se detectan en lo que respecta a la esencia y definición de la democracia. Como queda apuntado (n. V), los enunciados formales de la soberanía del cuerpo social, pueblo o nación, valen desde el punto de vista lógico como profesión de una concepción antropocéntrica e inmanentista del poder y del derecho, con exclusión de vínculos con cualquier orden trascendente. Son varias las cuestiones inherentes a las reglas para la formación y el ejercicio de los poderes de gobierno. Se reconoce pacíficamente la contradicción absoluta entre la proclamación ideal de la soberanía de todos, con identidad perfecta de gobernados y gobernantes por un lado, y, por otro, la permanencia en la realidad del mando de unos pocos sobre los muchos que deben obedecer. Por regla general, la participación de las multitudes en la vida pública se reduce principalmente a la elección de los componentes de los órganos representativos. Vuelve pues a proponerse una doctrina clásica según la cual una cosa es el gobierno directo del pueblo y otra la designación de los gobernantes mediante sus correspondientes procedimientos de votación<sup>21</sup>. En nuestros tiempos se ha opinado que el gobierno representativo, incluso con sufragio universal, acaba creando en sustancia un organismo adecuado para la circulación de las *élites*, entre una pluralidad de oligarquías, a través de los mecanismos electorales, y no desde luego una distribución efectiva de las funciones de gobierno a todos los gobernados<sup>22</sup>. También el control efectivo sobre las *élites* gobernantes está encomendado a grupos restringidos mediante oposición en las formas y reglas que establecen las normas constitucionales. La referencia a la imagen del autogobierno —añaden— sólo puede valer como motivo de inspiración ideal y de corrección contra los excesos oligárquicos de los gobernantes. Las promesas de instaurar el imposible gobierno de todos se juzgan en cambio como portadoras de actitudes peligrosas, de instigaciones al rechazo del único ordenamiento adecuado a las aspiraciones liberal-democráticas posible de hecho e incluso a cohonestar la instauración de regímenes totalitarios.

Conviene notar que, según opiniones acreditadas, la esencia de la democracia occidental, inspirada en las ideas liberales, se concibe como proceso político determinado con arreglo a un conjunto de reglas, instrumentos, métodos, instituciones, más que en relación con determinados fines. Puede detectarse un pensamiento análogo entre los cultores del derecho público. Por un lado, hay

---

<sup>21</sup> TAPARELLI, *op. cit.*, págs. XIV nota 2; 72 s.

<sup>22</sup> Para la opinión que se refiere abajo en el texto, reenviamos a G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, 1957, Il Mulino, Bolonia, 1979, págs. 6 ss., *passim*.

que recordar que, según algunas definiciones, el derecho constitucional se concibe en su naturaleza como un sistema de reglas de procedimiento destinadas principalmente a disciplinar la formación de los imperativos públicos. Por otra parte, es sabido que, con arreglo a la doctrina imperante durante largo tiempo, las cuestiones que atañen a los «fines del Estado» las consideraban los estudiosos prácticamente ajenas al orden de las grandezas jurídicas. Coordinadas una con otra, las dos opiniones referidas llevan a considerar el derecho constitucional como una rama del derecho positivo, distinta y cualificada por su carácter instrumental y funcional, independiente y desgajada de nexos sustanciales, amén de heterónomos. Dejando a un lado toda discusión acerca del fundamento de semejante construcción, cierto es que podría detectarse alguna correspondencia en la realidad histórica. A decir verdad, se ha notado que en los países de la Europa occidental el derecho constitucional, como conjunto institucional normativo, ha registrado una larga continuidad en el tiempo, debida en gran medida a sus caracteres de formalismo y tecnicismo, que han llegado a ser emblemáticos<sup>23</sup>. Dichos caracteres, indicados en su conjunto bajo la denominación de «Estado de derecho», pueden reconocerse en los elementos de lo que se denomina derecho constitucional «común» de los países europeos continentales: constitución escrita, representación política, división de poderes, catálogo de derechos fundamentales, superioridad de la ley, independencia del juez, legalidad de la administración pública. Con adaptaciones en la práctica y ajustes graduales, este complejo normativo institucional ha mostrado capacidades notables de adecuación incluso en diferentes condiciones histórico-espirituales, desde la aparición de la burguesía con sus reivindicaciones de garantía de libertad y propiedad hasta el Estado social, al pluralismo, a la integración supranacional. También para estos últimos aspectos pueden hallarse argumentos adecuados que confirman el carácter inmanentista y antimetafísico del derecho constitucional. Excluir del orden de las grandezas jurídicas todo momento teleológico y restringir el estudio científico a procedimientos y actos lleva a confundir los medios como si fueran fines en sí mismos.

Las consideraciones anteriores, consecuencia de la reflexión crítica sobre la citada antinomia propia de la democracia, parecen susceptibles de proposición también respecto a los últimos hallazgos del derecho constitucional, es decir al control de legitimidad sobre las leyes ordinarias. Como voz suprema del derecho positivo, a la representación de toda la nación se le ha superpuesto un colegio restringido de expertos, llamados a deliberar con argumentaciones deducidas de disposiciones de carácter indeterminado y polisémicas, impuestas por una especie

---

<sup>23</sup> Véase especialmente E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, trad. ital., Giuffrè, Milán, 1973, págs. 42 ss.

de legislador extraordinario superior en el grado de la eficacia formal al más antiguo legislador ordinario. Es como si el positivismo anterior hubiera sido reemplazado por otro, encomendado a un órgano restringido, titular de un poder de decisión sin apelación. Amén del carácter decisorio en la construcción del control de legitimidad constitucional sobre las leyes, parecen haberse extremado los caracteres de artificio y tecnicismo, caracteres positivos ajenos al derecho natural<sup>24</sup>. Un ejemplo interesante a este propósito lo ofrece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, que juzga que están establecidos principios, postulados, valores absolutos e intangibles, pero sostiene que se hallan insertados en el cuerpo de los textos constitucionales, sancionados mediante actos formales, según un criterio de derecho positivo y conforme por tanto a las ideologías del positivismo<sup>25</sup>.

### **IX. DIVERGENCIAS DE MÉTODO ENTRE LAS ESCUELAS FRANCESA Y ALEMANA: CONEXIONES HISTÓRICO-IDEOLÓGICAS Y PROYECTOS DE ELABORACIÓN DE UNA CIENCIA EXACTA «PURA»**

Se han detectado antinomias y oscuridades del derecho constitucional en las elaboraciones y especulaciones científicas. Permítasenos reiterar que el impulso ideológico había sido unitario, y semejantes unos a otros se muestran los contenidos normativos y los enunciados literales de los textos constitucionales establecidos en los distintos países europeos continentales. Difieren en cambio las aplicaciones prácticas en los distintos Estados, y también las reconstrucciones teóricas. Se ha escrito que tales diferencias podrían explicarse como derivadas de las reacciones particulares que el impulso del movimiento del constitucionalismo europeo había encontrado en relación con las condiciones histórico-espirituales de cada pueblo, con acogidas diferentes en forma y medida. También se ha añadido que en tales actuaciones, entre las diferencias particulares, ha de reconocerse como conservada la unidad de la

---

<sup>24</sup> Si bien con otras motivaciones, considera el control de legitimidad sobre las leyes ajeno a la idea de derecho natural, S. COTTA, «Diritto-Teoria generale, II, Diritto naturale», voz de la *Enciclopedia del diritto*, XII, *cit.*, pág. 650.

<sup>25</sup> Con vistas a una comparación, deben tenerse presentes las consideraciones sobre la antítesis en la forma de determinar la naturaleza de los principios generales del derecho: a) como cánones immanentes en el cuerpo de las disposiciones normativas escritas, deducibles mediante procedimientos lógicos de abstracción y generalización; b) como exigencias éticas, fines sociales, intereses en realidades tuteladas por el ordenamiento, exigencias inagotables y por ende irreducibles *in toto* a disposiciones escritas. En el primero de estos significados se reconoce la expresión más extrema y radical de «una mentalidad abstractista e intelectualista», «extraordinariamente fiel» a las ideologías del «positivismo jurídico». Sobre esta cuestión sigue resultando útil la lectura de E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milán 1949, págs. 89 s., 206 ss. y *passim*.

directriz original. Según otras orientaciones, en las disputas teóricas citadas parecen reflejarse contradicciones fundamentales respecto a los principios inspiradores y a las estructuras de los ordenamientos constitucionales. Queda pues justificada la pregunta de si las reacciones detectadas en las distintas condiciones histórico-espirituales han servido también para manifestar tales contradicciones contenidas en los ordenamientos. A este propósito parece útil citar las divergencias —especialmente de método— a las que habían llegado las dos grandes escuelas teóricas del derecho constitucional, una en Francia y otra en Alemania. Si bien ambas estaban radicadas en los contextos histórico-espirituales de su respectivo país, una y otra reflejan caracteres esenciales presentes, aunque en proporciones distintas, en todas las experiencias del derecho constitucional europeo continental.

- a) Entre los juristas franceses resulta constante el propósito de mantener los estudios teóricos de constitución y derecho constitucional en estrecha conexión con el pensamiento ilustrado liberal y con la observación de la realidad de los regímenes liberales, amén de la de los avatares histórico-políticos. Durante largo tiempo los términos constitución y derecho constitucional se habían concebido con acepción polémica, «comprometida», ya que estaban relacionados idealmente con una forma concreta de régimen político, propugnada por los grupos progresistas a la sazón, contrastados por los reaccionarios. Merece añadirse que incluso había llegado a formarse un movimiento político cultural concreto, denominado «constitucionalismo», consagrado precisamente a promover la difusión de las constituciones de concepción ilustrado-liberal. En la ciencia constitucionalista francesa, por lo que respecta al método, se juzgaba necesario por tanto vincular las interpretaciones de textos constitucionales y legislativos en consideraciones de naturaleza filosófica, histórica, sociológica.
- b) En los últimos decenios del siglo pasado y hasta la primera guerra mundial, en Alemania, entre los cultores de estudios jurídicos habían ido extendiéndose directrices inspiradas en el supuesto de que las constituciones escritas, los sistemas de derecho constitucional, los ordenamientos de los Estados, debían examinarse como hechos y datos reales, objetivos, cognoscibles mediante una ciencia racional, rigurosa, pura, casi imitada de las ciencias exactas y por ende «neutral» entre las pasiones y los conflictos de intereses. Se pensaba en una ciencia autónoma, exclusiva por objeto y método propios, separada de otros órdenes del saber humano, especialmente de los filosóficos, históricos, politológicos, sociológicos. Originariamente, los constitucionalistas germánicos intentaban deducir sus métodos de los estudios del derecho privado, en los que habían progresado las técnicas de interpretación de la ley y la elaboración de conceptos.

## X. LAS TEORÍAS CONSTITUCIONALES ENTRE IDEOLOGÍA LIBERAL Y CIENTIFICISMO

A decir verdad, tales proyectos de construir una rama de lo cognoscible puro, desgajado de la realidad, no se llevaron en un principio a las últimas consecuencias. Como demuestran investigaciones rigurosas, en los citados estudios de los publicistas jurídicos alemanes puede discernirse una forma especial de expresar el espíritu racionalista del liberalismo, conforme al más amplio movimiento liberal europeo<sup>26</sup>. De esta forma, la soberanía se concebía no como ilimitación del poder, sino como capacidad de autolimitación; titular de la soberanía se definía el Estado, persona jurídica, entidad impersonal, abstracta, ajena a las pasiones, en vez de individuos o multitudes. A la concepción de la personalidad jurídica del Estado se le hacía corresponder, como correlativo, el reconocimiento de una esfera individual libre, propia de cada persona física, titular de derechos subjetivos. Debido al desarrollo de un orden de pensamiento correspondiente, se mantenía autónoma y separada del Estado la sociedad civil, concebida como organismo determinado espontáneamente según tradiciones, reglas de derecho privado, libertades económicas. Hay que añadir que, con arreglo al principio de la división de poderes, se juzgaba esencial que concurrieran a la formación de la ley los representantes elegidos de la nación, ajenos e independientes al ejecutivo regio. De esta forma había parecido posible, de acuerdo con los cánones del liberalismo, vincular en medida lo más posible amplia y penetrante, la acción particular concreta de los poderes públicos en determinaciones preventivas y abstractas de ley formal, ordinaria y constitucional, que había que interpretar y aplicar mediante operaciones lógicas calculables. Pensábase pues en reemplazar el espacio de decisión política indeterminada mediante el criterio legal definido como instrumento de racionalización<sup>27</sup>. Huelga prácticamente recordar que ordenamientos conformes a semejante proyecto de subordinación plena de los poderes de decisión concreta a la ley abstracta aún se designan bajo el nombre de «Estado de derecho».

Considerado en sus premisas, el intento de fundar una ciencia «exacta» del Estado y del derecho constitucional ha de entenderse como una deducción del racionalismo antropocéntrico, ya que su fin es demostrar la tesis según la cual las instituciones y las normas, por su misma sustancia, deben considerarse productos de la mente y de la acción humana, existentes y explicables independientemente de la referencia a un orden universal de creación divina. Hay que advertir sin embargo que, por una especie de «heterogénesis» de los fines, se

---

<sup>26</sup> En el sentido que queda indicado aún puede consultarse G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, 1925, Laterza, Bari, 1984, págs. 265 ss. *passim*, especialmente págs. 272 ss.

<sup>27</sup> Para una afirmación eficaz en el sentido citado, véase G. SOLARI, *La formazione storica dello Stato moderno, 1930-1931*, Guida, Nápoles, 1985, pág. 85.

derivaron consecuencias imprevistas –y no gratas a los liberales– de la concepción «científica» del derecho constitucional como hecho real, ajeno a pasiones y a elementos «no jurídicos»<sup>28</sup>. Como es sabido, muchos son los que creían y creen que es forzoso encontrar existente en cualquier Estado –cualquiera que sea su forma– algún tipo de constitución, por lo menos como organización política fundamental o norma de atribución exclusiva de todos los poderes a un titular único, y por lo tanto también su correspondiente derecho constitucional. Lo mismo se hizo respecto a la Unión Soviética y a los Estados socialistas, en los que estaban en vigor constituciones escritas, y asimismo en relación con los Estados autoritarios. Precisamente por tamaño deducción parece revelarse una antinomia fundamental en el pensamiento constitucionalista entre el apego a la ideología liberal y el intento de reconstruir una ciencia objetiva, racional, purificada de elementos no lógicos e imponderables. Se podría pensar en una correlación necesaria con una antinomia más generalizada del pensamiento moderno y contemporáneo entre las ideologías políticas dominantes y la orientación del científicismo.

## **XI. DECADENCIA DEL ESTADO Y RECEPCIÓN DE PARADIGMAS E INSTITUCIONES HISTÓRICAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS DE DIFERENTE SIGNO**

De las muchas transformaciones acaecidas en la época actual en todos los ámbitos de la vida de los pueblos occidentales, se han derivado consecuencias también en la trabazón de los ordenamientos jurídicos.

En especial ya hemos recordado que, desde el punto de vista histórico, las constituciones escritas, incluso por su misma autodefinición textual, se calificaban como las «leyes fundamentales» de los Estados nacionales. Teóricamente, además, y especialmente en Alemania, se había acogido la definición del derecho constitucional como «derecho del Estado». Tales definiciones resultan hoy problemáticas, al estar vinculadas a realidades que han desaparecido. Como hecho determinante hay que reconocer la decadencia del Estado, consiguiente también a la pérdida de algunas atribuciones y potestades que eran típicas suyas, tanto externas como internas. Al ordenamiento único soberano y «político», legitimado para proveer a todos los fines posibles de coexistencia de un grupo humano ubicado en un territorio determinado, le ha sucedido una multiplicidad de centros de poder, es decir, de organismos dispares, instituidos para

---

<sup>28</sup> A este respecto, resulta significativa una observación de A.C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista*, 1947, ahora en *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milán, 1957, págs. 172 s. y 176. También cabe mencionar a B. MIRKINE GUETZÉVITCH, *Le Costituzioni europee*, trad. ital., Comunità, Milán, 1954, págs. 3 ss. y *passim*.

la tutela de una sola parte de los intereses colectivos reales. Conforme a la lógica del «pluralismo», entre los denominados «cuerpos intermedios» y las uniones interestatales, el Estado sólo logra mantenerse como una de tantas formaciones sociales, depositaria de determinados fines circunscritos<sup>29</sup>. Cualificadas por atribuciones específicas también están las organizaciones supranacionales comunitarias, que siguen alejadas de la meta de una auténtica unión política confederal que abrace los pueblos europeos. En el Viejo Continente se dan pues ordenamientos institucionales complejos, multiformes, fragmentados. En opinión de algunos, en los textos constitucionales vigentes en los Estados actuales, en virtud de una modificación «tácita», se han alterado el significado y las finalidades generales: de ley fundamental del Estado a ley para la coordinación de los poderes públicos efectivos<sup>30</sup>. Por el contrario, hay que registrar una nueva y creciente difusión del histórico complejo normativo institucional del derecho constitucional. En las organizaciones de los poderes denominados «intermedios» —es decir, internos al Estado— y sobre todo en las organizaciones comunitarias paneuropeas, son frecuentes las imitaciones de instituciones y criterios normativos constitucionales realizados ya en las formas del «Estado de derecho». Las imitaciones conciernen a asambleas representativas, comités ejecutivos más restringidos, comisiones cuya misión es dirimir controversias entre sujetos pertenecientes a los distintos ordenamientos.

Se plantea pues la pregunta de si el derecho constitucional en sentido clásico ha llegado ya al final del trayecto y si las adaptaciones detectadas hasta la fecha son síntomas de transformaciones radicales hacia algo completamente distinto. En el presente estudio nos importa sobre todo revelar que, contrariamente a algunas opiniones, también en la expansión del nuevo ordenamiento «pluralista» el derecho constitucional sigue conservando su carácter positivista, hermético ante cualquier metafísica, ajeno a presuntos retornos del derecho natural. Entre tantos organismos, grupos, aparatos con fines particulares, las únicas directrices y finalidades comunes parecen constituidas por la búsqueda de satisfacer principalmente las necesidades elementales, concretas, inmediatas de la población, promover su desarrollo social, económico, cultural, especialmente mediante la difusión del bienestar material y del «consumismo». De esta forma, se detecta una continuidad sustancial con las directrices de política interior que han seguido los gobernantes de los países liberaldemocráticos de la Europa continental ya desde los años sucesivos a la segunda guerra mundial. Con el fin de atenuar los conflictos ideológicos

---

<sup>29</sup> M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 1986, págs. 11 s. *passim*, y *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, en *Trattato di diritto amministrativo*, dirigido por G. Santaniello, Cedam, Padua, 1988, pág. 141.

<sup>30</sup> M. S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale - Lezioni*, Bulzoni, Roma 1984, pág. 11.

y sociales, los gobernantes habían tratado de fomentar al máximo el desarrollo económico. Para definir tales directrices, se había extendido la expresión «política de las cosas», con lo que también se daba a entender que había que soslayar las graves cuestiones éticas y espirituales<sup>31</sup>.

A ello hay que añadir que, debido a la preeminencia atribuida a la satisfacción de necesidades inmediatas y concretas, se han registrado evoluciones también en los caracteres de las funciones públicas y en la trabazón de las instituciones. Sólo podemos apuntar algún ejemplo a este respecto. A la legislación de corte clásico, concebida principalmente como formación de disposiciones generales y abstractas, se le ha sustituido en gran medida la promulgación, igualmente en forma de ley, de medidas adecuadas a motivaciones de contenido técnico y económico. En otros aspectos, también el control de legitimidad institucional sobre las leyes ordinarias parece responder a la lógica intrínseca de las evoluciones contemporáneas, es decir como una construcción apta para facilitar la preeminencia neta del medio respecto al fin.

## **XII. PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, ESPECIALMENTE LAS DECLARACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN SENTIDO CONFORME A LA DOCTRINA DE LA IGLESIA CATÓLICA**

Como antítesis a las consideraciones que acabamos de hacer, pueden presentarse las directrices que últimamente se han hecho dominantes entre los católicos, conforme a las cuales se juzga posible, cuando no necesario lógicamente, conciliar las «conquistas» históricas del liberalismo —*in primis* los derechos fundamentales, pero también las formas de organización del «Estado de derecho»— con la doctrina de la Iglesia. Hay quien habla de un «giro copernicano» respecto al rechazo histórico del liberalismo y a las antiguas críticas de esos mismos derechos por parte de fieles y jerarquías<sup>32</sup>.

A este propósito, y con el fin de evitar confusiones, no estará de más alguna aclaración previa. A ningún católico, por muy reaccionario, intransigente o contrarrevolucionario que fuera, le resultaría fácil hoy en día negar la exigencia de

---

<sup>31</sup> Para opiniones en este sentido reenviamos a G. BURDEAU, *La democrazia*, trad. ital., Comunità, Milán, 1964, págs. 90 ss. y 94 s., así como a J. MARITAIN, *Introduzione a la obra colectiva I diritti dell'uomo. Testi raccolti dall'UNESCO*, trad. ital., Comunità, Milán, 1960, págs. 12 ss., 19 *passim*.

<sup>32</sup> J. ISENSEE, «Die katholische Kritik an den Menschenrechten. Der liberale Freiheitsentwurf in der Sicht der Papste des 19. Jahrhunderts», en la obra colectiva *Menschenrechte und Menschenwürde – Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliche Verständnis*, hrsg. E. W. Böckenförde u. R. Spaemann, Klett-Cotta, Stuttgart, 1987, págs. 138 ss., 141 ss.

reivindicar, en el seno de un ordenamiento laicista, la facultad para la Iglesia y para los creyentes de valerse de las garantías de libertad y de las tutelas judiciales que el derecho positivo ofrece. Tras la instauración de los regímenes totalitarios en la historia contemporánea, en la defensa de las libertades propia del constitucionalismo muchos creyentes han creído discernir frenos contra las pretensiones de imponer como verdad absoluta y exclusiva la ideología dominante y de ahogar las voces de las conciencias de los individuos en la supuesta voluntad colectiva del grupo<sup>33</sup>. Además, en tiempos de relativa calma, por ejemplo, cualquiera juzgará preferible que las detenciones y las demás restricciones de la libertad de individuos determinados queden permitidas exclusivamente en casos dispuestos por la ley y mediante un acto motivado de una autoridad judicial, a que lo sean en virtud de disposiciones policiales sumarias.

En los casos a los que acabamos de aludir se trata de valoraciones de carácter práctico y de «convergencias de hecho». Otra cosa es disputar de cuestiones de concordancia o contraposición entre una determinada rama del derecho positivo, derivada de una ideología antropocéntrica, y la concepción clásico-cristiana del derecho natural de origen heterónomo, en el orden de la creación divina. Dejando a un lado las premisas de carácter filosófico vinculadas a las comparaciones entre catolicismo y liberalismo, pueden mencionarse algunos aspectos que atañen a la relevancia de las cuestiones estudiadas desde el punto de vista jurídico. Resumiendo, cabe señalar que, en algunos ordenamientos, hallamos reenvíos o referencias explícitas al derecho natural, acogidos en disposiciones legislativas bien concretas, principalmente para la solución de casos que carecen de regulación específica. Como ejemplos significativos de ello pueden mencionarse el art. 7 del Código Civil austríaco de 1811 y —si bien en un ordenamiento de distinto tipo— el art. 22 de la Ley de 7 de junio de 1929 sobre las «fuentes del derecho» para el Estado de la Ciudad del Vaticano. En el curso de una investigación comparada, dichos reenvíos explícitos al derecho natural también podrían proporcionar argumentos *a contrario* para la comprensión de los ordenamientos en los que se da, en la materia *de qua*, un silencio total por parte de la ley. Para estos últimos ordenamientos, a decir verdad, existirían por lo menos indicios textuales útiles para detectar la persistencia en las constituciones (y también en las leyes) de una

---

<sup>33</sup> Hay que tener presente que la oposición católica a los regímenes totalitarios procede del rechazo de las concepciones ateas, inmanentistas y secularistas. Trátase por tanto de una oposición que se inspira en razones diferentes de las concepciones liberaldemocráticas y constitucionalistas, que se inspiran en cambio en el laicismo, el pluralismo, el relativismo. Entre las muchas referencias posibles, reenviamos a M. JÄNICKE, *Totalitäre Herrschaft – Anatomie eines politischen Begriffes*, Ducker & Humbolt, Berlín, 1971, págs. 101 ss. *passim*.

inspiración fundamental iuspositivista. Incluso si quisiéramos soslayar tales indicios, siempre quedaría por explicar por qué razones, en textos constitucionales y legislativos hartos extensos, largos, que abrazan tantos objetos y relaciones —como la libertad especial del arte y de la investigación científica, las garantías institucionales de las autonomías municipales y universitarias, las garantías de las minorías lingüísticas— los legisladores constituyentes han querido omitir cualquier enunciado claro acerca del fundamento heterónimo y sobre la concepción natural de la juridicidad.

Por el contrario, con el «giro copernicano» antes citado lo que se pretende es propugnar explicaciones distintas e incluso opuestas a las aceptadas por la mayoría, respecto a los textos constitucionales tal y como éstos se formulan literalmente. Sustancialmente, se propone aplicar un procedimiento hermenéutico de sobra conocido: tratar de deducir, mediante los criterios ordinarios de interpretación, varios significados y efectos incompatibles y contrastantes entre sí de los mismos enunciados legales, especialmente si éstos tienen carácter genérico, elástico, polisémico, lo que acaece con frecuencia a los textos de las constituciones. En nuestro caso, los recursos de la interpretación deberían servir para demostrar la posibilidad lógica de reconducir en especial las garantías de los derechos humanos, como a su fundamento más auténtico, al orden de la creación, como si se derivaran de Dios.

Por otra parte, por lo menos hasta ahora, no parece posible demostrar que tales propuestas de interpretación en sentido católico de los derechos humanos y de las instituciones constitucionales hayan alcanzado tanto vigor como para que se acepten como regla común efectiva en los ordenamientos occidentales. Muchos siguen reconociendo en los textos constitucionales expresiones propias de las ideologías liberaldemocráticas, inmanentistas y laicas, con contenidos normativos contrarios a la doctrina social de la Iglesia. En nombre de la libertad de la persona, en más de una ocasión se han sacado consecuencias opuestas a la moral tradicional y al magisterio eclesial, como en los conocidos casos del aborto y del divorcio. Si acaso, lo que ha surgido de las interpretaciones de los textos constitucionales que se han propuesto en sentido católico es que distintas y opuestas partes «hacen uso de las mismas palabras e invocan los mismos derechos», aun cuando falta un consenso real en los principios fundamentales<sup>34</sup>. Por otra parte, parece que para confutar las explicaciones originales, establecidas en la historia, de los derechos fundamentales, resulta insuficiente la mera demostración de habilidad dialéctica o tópica propia de los exége-

---

<sup>34</sup> Se alude en el texto a cuanto se afirma en un documento de la Conferencia Episcopal Lombarda, titulado *Educare alla partecipazione socio-politica*, Centro ambrosiano di documentazione e studi religiosi, Milán, 1989, pág. 13.

tas. Precisamente por ello debería considerarse por lo menos justificada la pregunta de si las «interpretaciones adecuadas» en sentido católico de los textos constitucionales constituyen intentos, arduos por lo demás, de proponer una vez más —cuando no de salvar— parte de las exigencias y de las reglas del derecho natural en un contexto de derecho positivo, empleando criterios y métodos igualmente positivos. A este propósito resultan sintomáticas ciertas polémicas con las que se ha tratado de defender instituciones y principios propios de la moral tradicional, como la indisolubilidad del matrimonio y la vida del *nasciturus*, sirviéndose de interpretaciones particulares de los textos constitucionales, elaboradas mediante argumentos positivos, literales, lo más posiblemente compatibles con las tesis liberales, con exclusión de cualquier referencia a potestades trascendentes, heterónomas, sobrenaturales. En estos casos podrían vislumbrarse, en vez de reafirmaciones de lo justo y lo bueno, absolutos como razones primeras de la juridicidad, intentos de apoyar algunas opciones en motivaciones del derecho positivo, aceptado como último criterio de decisión.