

LÓPEZ PINA, A; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I, *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002.

I

Desde muchos puntos de vista se habla hoy del estancamiento del constitucionalismo como movimiento ideológico, político y jurídico, desde el momento en que se declara que no caben ya ulteriores transformaciones de una Constitución cristalizada que opera principalmente como garantía del mercado y de la democracia representativa. Sea en el marco del viejo estado-nación, sea en el de los nuevos espacios supranacionales, éste es modelo que se propugna, y, cada vez más, el que realmente opera, dejando al margen sus muchas imperfecciones e incumplimientos. Pero no es éste el único síntoma. Cabe apreciar también una crisis de producción teórica, concretamente en lo que se refiere a una Teoría de la Constitución que ha dejado de producir argumentos y proporcionar criterios desde los que enjuiciar el Derecho Constitucional positivo vigente.

Un catálogo de problemas sería el primer paso para allanar el camino hacia una comprensión más clara de los retos que se presentan en el plano teórico. 1.- El primero de ellos tiene que ver con el modo y las condiciones en que se aborda la recepción del constitucionalismo como cuerpo de doctrina que acompaña la evolución del Derecho Constitucional, discusión que inevitablemente hay que situar en principio en el terreno de la Hermenéutica desarrollada por G. H. Gadamer, aunque no para compartir necesariamente todas sus implicaciones. Ello es especialmente urgente si tenemos en cuenta que las balizas que señalan el camino de la reconstrucción de un modelo constitucional que desde 1945 se extiende hasta nuestros días, están siendo modificadas y desplazadas, entre otros muchos factores, como consecuencia de la maduración de un proceso constituyente de alcance europeo que sólo en muy escasa medida responde ya a la lógica del proyecto de reconstrucción europea de posguerra. 2.- Un segundo problema a plantear es la relevancia de los contextos culturales (es decir, de los supuestos culturales y valorativos, fermentos que vivifican y dan sentido a los textos), por utilizar la conocida idea de Peter Häberle, en su función de mantener la coherencia interpretativa

y política de los textos constitucionales, así como de suministrar pautas comparativas a la hora de abordar el proceso de aplicación del Derecho Constitucional. 3. En tercer lugar, cualquier programa de investigación y puesta al día de los datos de la realidad constitucional ha de partir del paradigma de la crisis del Estado-nación, agudizada por los avances de la globalización y de las políticas unilateralistas y militaristas: tales procesos, entre otras consecuencias de orden teórico, y por lo que nos interesa destacar ahora, propician la revisión de ciertos postulados que habían servido para delimitar metodológicamente un Derecho Constitucional construido sobre bases estatales. 4. Por último, la expansión del constitucionalismo y de sus valores es otro de los aspectos que requieren ser analizados desde perspectivas no únicamente occidentalistas, sino teniendo en cuenta que la diseminación de que es objeto provoca e incluye fuertes movimientos de impugnación y relativización de sus contenidos.

En todos estos puntos se dan cita importantes cuestiones, la más destacada de las cuales se resume en la pregunta de si se puede mantener en pie la misma noción de Derecho Público que sirvió para la construcción histórica del Estado de Derecho, y si las categorías que de él se derivan, enriquecidas y depuradas a los largo de los últimos decenios, son opciones no ya sólo deseables sino útiles en medio del desorden mundial que hoy día acontece. Ante éstas y otras muchas dificultades que cabe avizorar no es extraño el silencio doctrinal que, salvo honorables excepciones, se da en el panorama constitucionalista español. Baste señalar que las propuestas más inteligentes de reconstrucción de una Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional proceden principalmente del campo de la Filosofía Política y de las Ciencias Sociales y sólo aislada y tangencialmente de entre la propias filas de los constitucionalistas, más interesados, en general, éstos últimos, en ejercer de juristas prácticos o de consejeros áulicos entre los avatares de la política, aunque nada de ello sea en sí mismo censurable. Pero si la producción teórica decae o se hace acomodaticia, nada tiene de particular que en el sector de la manualística y de los

materiales didácticos que se emplean en la enseñanza universitaria no se divise sino un inmenso páramo, donde escasean las obras de verdadero interés.

II

Señalar todo lo anterior, sobradamente conocido en sus líneas generales, es un paso obligado para situar en su debida perspectiva la aparición de la obra que comentamos, *Elementos de Derecho Público*, de los Profesores Antonio López Pina y de su más directo y adelantado discípulo, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Por una de esas simbiosis intelectuales que raramente acontecen, maestro y discípulo abordan de consuno una obra que apenas revela en la superficie de su texto escrito de ciento ochenta y seis páginas el abigarrado conjunto de problemas que constituyen su base. Sorprende, por otro lado, que al atrevimiento de emprender en tan medido espacio algo más que una síntesis de los problemas más relevantes del Derecho Público se haya respondido con una obra que viene a enriquecer ese incipiente género que se sitúa entre el ensayo y el libro de texto, entre la guía doctrinal para estudiantes y la incitación dirigida al lector especializado, del que estaba muy necesitado la disciplina. Nunca se subrayará bastante la importancia de la tarea divulgadora. La divulgación ha sido por excelencia el género en que se han expresado las ideas constitucionales. Montesquieu fue, más allá de su inmenso talento, un gran divulgador, como lo fueron Constant, Loewenstein, García Pelayo y tantos otros. Divulgar no quiere decir, por supuesto, someter al vulgo en dosis asimilables una fuente de ideas superiores sólo al alcance de mentes prodigiosas. El constitucionalismo nunca se ha expresado en un lenguaje oscuro o exclusivamente técnico. Por la índole propia de su proyección política, ha de expresarse en un lenguaje comprensible que opere como acicate para la acción y para la reflexión sobre la acción y, por tanto, dirigido al único público posible hoy, que es el que constituye la ciudadanía. Divulgar, por otro lado, supone un esfuerzo que está fuera del alcance de quienes no son dueños de sus propias ideas y carecen de la maestría que sólo proporciona una vasta cultura basada en la reflexión profunda y en la investigación de los procesos constitucionales. Por suerte,

el rango del patrimonio intelectual y académico del Prof. Lopez Pina le permiten sortear obstáculos que a cualquiera intimidarían y ofrecer, conjuntamente con su colega, un texto transparente, sugerente, digno de estudio y de serena reflexión.

III

Los propósitos que presiden la obra discurren, pues, por el camino de proporcionar una lectura actualizada del Derecho Público. El título no debe inducir a error. El Derecho Público al que se refieren los autores no es el Derecho Público de hechuras eminentemente administrativas, tal como habitualmente se le entiende en España, sino, aún *in fieri*, el *Ius Publicum* que fermenta en Europa desde hace siglos, y cuya aceleración en los últimos años tiene algo de excepcional. El eje del planteamiento de la obra se sustenta sobre la tesis de que el Derecho Público, por otro lado, ya no es el Derecho Constitucional del Estado, ni la suma o articulación de éste con el Derecho de la Unión Europea, sino, como bellamente expresa Pernice, el que corresponde a una verdadera "Liga Constitucional" (*Verfassungsverbund*) en la que cada Constitución estatal se integra con el Derecho Comunitario en términos de recíproca complementariedad. En esta fase, obviamente, no sólo la temática y las implicaciones sistemáticas son ya distintas, sino —lo que es más importante— la metodología misma de la disciplina ha cambiado.

No basta, sin embargo, con la mera constatación del cambio operado para pasar rápidamente a otra cosa. La cuestión, por el contrario, estriba en categorizar a partir de un concepto de Derecho capaz de abarcar toda su contemporánea complejidad. Éste no puede construirse exclusivamente a partir de la vieja definición civil-romanista que lo concebía como parte de una idea de justicia conmutativa que debía presidir las relaciones interindividuales (*alterum non laedere, suum cuique tribuere*), ni tampoco a partir de una idea de justicia retributiva en forma de sanción frente a las conductas dañinas para la sociedad, rigurosamente delimitada por el derecho penal ilustrado, que constituyó la base de las formulaciones kelsenianas, sino, además, como un conjunto de reglas que instituyen y regulan los poderes públicos. Pero con el nuevo Derecho Público europeo —y esto es lo que la obra que comentamos capta en toda su

complejidad— se da un paso más allá, porque, como se pone de manifiesto en el Capítulo I de los Elementos, en la medida en que la unidad del poder organizado (que es lo que da coherencia y unidad al Derecho) se extiende más allá de las fronteras estatales y cristaliza en marcos supraestatales, como la UE, ya no es posible soslayar la existencia de ordenaciones jurídicas que trascienden el alcance de los tradicionales Estados soberanos. Es más: *«sólo el emergente poder público supranacional europeo, capaz de producir automáticamente derecho, y una nueva ordenación que incorpore su propia definición de fines, estarán en condiciones de afrontar eficazmente los actuales desafíos»*—concluyen los autores.

Ahora bien, ¿cómo determinar la naturaleza de ese poder público emergente sobre el que se erige el nuevo Derecho Público? A esta pregunta los autores no contestan directamente; pero se hacen eco de que su singularidad consiste en que el segundo término de la ecuación ha alcanzado un grado mayor de madurez que el primero: es decir, que mientras la esfera del Derecho, desde la base de unas tradiciones comunes (heterogéneas y con frecuencia contradictorias e incoherentes) se desarrolla a buen ritmo, la esfera del Poder Público se encuentra todavía bloqueada por la presencia de un poder que no se disuelve completamente, sino que queda, crecientemente fosilizado, bajo la forma de la soberanía estatal. De ahí que ni el Derecho Internacional ni el Derecho Comparado proporcionen ya instrumentos adecuados para categorizar la situación, por más que ambas disciplinas tengan mucho que decir al respecto. Lo que hay, lo que progresa, en cambio, a una escala hasta hace poco tiempo inimaginable, es la presencia generalizada de un Derecho Común: un Derecho Común que tiene perfiles distintos en cada uno de los Estados miembros de la Unión, en función de los contenidos en cada Derecho nacional y de la peculiar forma de relación de cada ordenamiento entre el Derecho estatal y el comunitario. Para los autores, no es probable que exista a medio plazo *«un ordenamiento uniforme para Europa, sino que en cada Estado miembro se producirá una síntesis particular entre aquel derecho comunitario que asume las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el específico Derecho nacional que, singularmente en el plano constitucional, comporta principios jurídicos indisponibles para cada Estado»*.

Reconocen los autores que no es posible construir una Teoría de la Constitución integral a escala comunitaria, desde el momento en que importantes cuestiones básicas, como “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales”, por ejemplo, no forma parte de las tradiciones comunes, así como un amplio catálogo de temas que, sin embargo, son componentes del modelo constitucional expansivo de raíz anglosajona. En este sentido, los autores aspiran a profundizar en una alianza doctrinal germano-española en la medida en que sus respectivas doctrinas operan con instrumentos, categorías y problemáticas afines, con el fin de profundizar en la formación de ese Derecho Común.

IV

Los Elementos de Derecho Público aparecen precedidos de un «propósito», a modo de prólogo, que se fecha precisamente el 28 de febrero de 2002, día de la apertura de la Convención, respecto de cuyos trabajos el profesor López Pina — como se muestra en algunos de sus escritos recientes, por no hablar de opiniones vertidas por él en círculos más íntimos— albergaba no pocas esperanzas. Porque, en cierto modo, para él, y para su modo un tanto hegeliano de concebir la Historia, la formación de la Unión a través de sus sucesivas fases se presenta como la síntesis superadora de una Historia en la que el antagonismo entre los Estados había sido la tesis secular. A partir de aquí, la pregunta se formula sola, y podría ser la siguiente: ¿cuál podrá ser la apreciación de los autores acerca de los resultados que arrojan los trabajos de la Convención y los posteriores trámites que han desembocado en la aprobación por el Consejo Europeo de un Tratado por el que se establece un Constitución para Europa? La respuesta se puede deducir sin esfuerzo a partir de los análisis que se encuentran en la obra. Me atrevería a afirmar que el Proyecto de Constitución para Europa que se nos presenta adolece, desde la perspectiva de los autores de los *Elementos de Derecho Público*, de algunos presupuestos sustantivos, especialmente en lo que atañe al peligro de vaciar de contenido el bagaje costosamente acumulado en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, que es la sustancia del Estado Constitucional europeo.

Añadiré, por mi parte, sin que crea violentar el pensamiento de los autores, que éstos reprocharían al Proyecto de Constitución Europea otras importantes carencias. Habría que recordar, ante todo, que toda Constitución que merezca tal nombre, aparte de consistir en un acto de voluntad colectiva; reposa en valores y se materializa en normas que deben estar en consonancia con tales valores. Una Constitución se justifica, precisamente, porque pone fin a un periodo de desorden previo; porque innova y lleva las relaciones sociales a un plano superior, donde las diferencias y los conflictos presentes en toda sociedad tienen posibilidad de dirimirse; y porque lo hace bajo el control del tiempo y de los ritmos (proceso constituyente y proyección de sus efectos constitutivos). Ninguno de estos datos parece avalar la idea de que estamos ante una verdadera Constitución para Europa. Ello, no obstante, no prejuzga la oportunidad e incluso la conveniencia de avanzar por el sinuoso camino que hasta ahora ha marcado su método constructivo. Comparto la idea de que la hora de Europa ha sonado en medio del desorden mundial que la envuelve y la condiciona; pero los relojes de los Estados marcan horas diferentes. No se trata, como creo que los autores reflejan, de que Europa deba ejercer un papel estratégico mundial, ni que su misión consista en levantarse contra la hegemonía del Imperio; Europa juega y debe jugar un papel estratégico regional, no mundial, equilibrando el unilateralismo militarista hoy existente que hace peligrar la misma idea de Derecho. Pero el esfuerzo que ello requiere no parece haberse traducido en el texto «constitucional» que se nos ofrece.

V

Aclarada la siempre problemática cuestión del concepto de Derecho —habitualmente rehuída por la mayoría de las elaboraciones doctrinales actuales— el Capítulo II de la obra se orienta precisamente en la tarea de presentar la configuración del poder público desde una perspectiva histórica. Como ya indicamos, la función didáctica de la obra exige recurrir a síntesis apretadas, sin que por ello —y éste es uno de sus principales méritos— dejen éstas de reverberar y de provocar en el lector un impulso de reflexión activa y crítica. La categoría central que aquí se maneja es la del Estado Constitucional, que por la vía de una compleja dia-

léctica histórica ha venido a superar a las formas jurídico-políticas anteriores, que no dejaban de expresar intereses parciales. El Estado Constitucional, si bien se deriva de una concepción racional-normativa, es decir, moderna, en cuanto que presupone la autonomía y libertad del individuo, va más allá de una estructura puramente formal al requerir que se certifiquen sus contenidos materiales. El Estado Constitucional, desde esta óptica, no es sino la expresión más elevada de la Constitución: asume, como dicen los autores, «*el principio ilustrado de la libertad e igualdad humanas y lo hace progresar con un salto cualitativo*».

El esquema general de la obra respeta, por otro lado, la ordenación clásica de la temática constitucional: un capítulo dedicado a la creación y aplicación del Derecho (Capítulo III) que, de suyo, es nota característica de una idea de Derecho no siempre compartida en todas sus implicaciones (por ejemplo, por el sistema anglosajón, o por la propia estructura de poderes de la Unión); una parte dedicada a los derechos fundamentales y las tareas públicas (capítulo IV), que vendría a ser una actualización de la parte dogmática del naciente Derecho Público; y finalmente, un capítulo dedicado a la organización del poder público (capítulo VI), respetando en él esa dualidad interrelacionada y resuelta en, por una parte, una Teoría constitucional de la organización estatal, donde se repiensen inteligentemente los conceptos de democracia, representación, división de poderes, parlamentarismo y principio federal y, por otra, una Teoría de un poder público para Europa, donde se vuelve sobre el principio federal y se profundiza sobre el poder federal. No olvidan, con todo, los autores la importancia de la realidad actual de la sociedad de la comunicación, por lo que conceden un muy necesario espacio al problemas de los *media* y a la formación y reproducción de la opinión pública, con todos los complejos problemas que plantea su tratamiento normativo (Capítulo V).

Pero si el esquema no se aparta, en aras de su finalidad didáctica y del imprescindible ajuste a los programas y descriptores disciplinares, del enfoque académico predominante, el verdadero hallazgo de la obra se encuentra en su tratamiento: en la forma verdaderamente sugerente y rigurosa en que se combinan diferentes perspectivas; en el modo en que se articulan en un friso de arquitectónica composición materias que figuran

normalmente en compartimentos estancos. De este modo, se hace accesible a la lectura, mediante una exposición de factura admirablemente ligada, desde problemas aún candentes de la transición española y valoraciones muy ajustadas del proceso de construcción europea, hasta un diálogo brillante con los actores más destacados del debate doctrinal que tiene hoy lugar, y que los autores convierten en cercano gracias a las dotes de que hacen gala a la hora de jerarquizar y presentar los principales puntos en disputa.

VI

Me permitiré, al hilo de esta lectura de *Elementos de Derecho Público*, y en justa correspondencia con las múltiples incitaciones a la crítica que la obra contiene, hacer algunas consideraciones finales sobre algunos de los puntos que se situaban al principio de esta recensión y que, a mi parecer, suponen otros tantos aspectos abiertos a la discusión en el constitucionalismo que se está construyendo.

Comparto, en líneas generales, el planteamiento que se hace en la obra sobre los problemas que plantea la «recepción constitucional». Desechado el planteamiento de Schleiermacher, según el cual las relaciones con la tradición (constitucional) debían consistir en la reconstrucción del momento histórico original en que tales tradiciones vieron la luz; y desechada también la posición de Hegel conforme a la cual la recepción podría consistir en inscribirlas, sin más, en el movimiento de una teleología histórica que las uniría idealmente con el presente, la cuestión ha quedado actualmente situada, más o menos pacíficamente, dentro de los parámetros de la Hermenéutica gadameriana, y a ella, según intuyo, se remite implícitamente la obra que comentamos. Según el modelo hermenéutico propuesto por Gadamer, la recepción de los materiales legados por la tradición debería consistir en establecer el nexo con el suceder histórico de las interpretaciones, de las metáforas, de las traslaciones de sentido. Como se sabe, para Gadamer no hay posibilidad de una restauración o de una interpretación definitiva, de total transparencia, sino tan sólo una sucesión o una serie de interpretaciones diferenciadas que, al tiempo que modifican el objeto de interpretación, modifican también la conciencia del intérprete. Pero podría

muy bien objetarse a la propuesta de Gadamer que su pretensión de establecer un diálogo pacífico con la tradición y, al tiempo, un diálogo pacífico acerca de la tradición entre los miembros de la sociedad presente no es suficientemente convincente. Porque ni el diálogo presente se inscribe sin dificultad en el curso de la tradición, ni el diálogo con la tradición se inscribe sin dificultad en el curso del diálogo presente. De ahí que, en mi opinión, haya muchas razones para sostener que la tradición constitucional no se presenta como un conjunto coherente de textos virtualmente simultáneos a nosotros y transparentes a la lectura, sino como análisis de cesuras, de discontinuidades, de falta de transparencia fundamental de una *traditio* que jamás ha sido nuestra.

Otro aspecto a discutir, relacionado con el anterior, ahora que parecen cobrar fuerza los planteamientos culturalistas, es la referencia a los contextos culturales como elemento necesario para una mejor comprensión de los fenómenos constitucionales en sus proyecciones jurídicas. La referencia al profesor Peter Häberle es aquí obligada, como los autores reconocen, porque es quien ha traído a un primer plano la importancia de los contextos culturales para entender cabalmente como está constituida la «res publica». Esto significa entre otras cosas admitir que el Derecho, como expresión normativa del orden cultural, tiene y *debe tener* un papel autónomo respecto de los procesos socioeconómicos. Y supone también admitir, contra las distintas corrientes posmodernas que hablan de la ausencia de fundamento, del rechazo a toda *metafísica de la presencia* y de la disolución de la subjetividad, que la «imagen del hombre» de la que habla Häberle tiene como punto de partida un fundamento antropológico incontrovertible, concretado en el hiperconcepto kantiano de *dignidad de la persona*, base de todo la arquitectura constitucional. Pero si en estos puntos puede advertirse sintonía entre el profesor alemán y los profesores españoles, me atrevo a vislumbrar ciertos desencuentros a la hora de analizar el rumbo cultural de las sociedades de capitalismo maduro, donde la función de la cultura quedará cada vez más atrapada ante las exigencias del mercado. Ocurre, en efecto, que, al contrario de lo que dice Häberle, el contexto cultural, fruto de un complejo legado, ya no enmarca ni delimita lo propiamente jurídico-constitucional, por lo que, en definitiva, ya no

parece conferir a éste un significado controlado y previsible. Añadiré por mi parte que la globalización cultural —otra forma de nombrar a la lógica cultural del capitalismo maduro— afecta a los procesos jurídicos en curso y sugiere que, lejos de darse una reconciliación de los textos constitucionales con el contexto de la cultura heredada, si bien con frecuencia abolida, de la tradición moderna, se produce una disociación, una mutación de los contextos culturales relevantes, consecuencia de la subordinación e íntima interrelación de éstos a los dictados del mercado en esta fase de capitalismo maduro.

Otro aspecto a considerar en la obra que comentamos es el de la cuestión del Estado, tanto en sus consecuencias metodológicas como en sus aspectos políticos. Desde el primer punto de vista, se suele afirmar, en efecto, siguiendo el magisterio de K. Hesse (muy influyente desde luego en la doctrina española) que el estudio de la Constitución debería circunscribirse a la concreta constitución de cada Estado, desde el momento en que la normatividad de la Constitución no es sino la de un orden jurídico concreto. Y si bien existen poderosas razones para sostener un planteamiento de este tipo —ya que es en el orden político estatal donde la Constitución alcanza su más alta entidad normativa, donde se garantiza su fuerza y se hace posible su aplicación— creo que también en este punto las exigencias metódicas de las que parten los autores de *Elementos* les obligan a rebasar este planteamiento, lo que comparto plenamente.

Por otro lado, comparto la idea-fuerza latente en los *Elementos* de que, si bien la crisis del Estado contemporáneo es también la crisis de una determinada concepción de lo jurídico, del Derecho como sistema de normas o reglas generales y, en consecuencia, de todo un modelo de función reguladora y sancionadora, llámese *Rechtsstaat*, *Rule of law* o Estado de Derecho, ello no puede abocar a la celebración irresponsable de su declive. Por el contrario: tal vez sea más cierto afirmar que determinadas funciones del Estado

son hoy más necesarias que nunca y que su ejercicio está más comprometido que en cualquier otra época anterior. Por ello, no carecen de razón quienes afirman que el Estado está todavía en sus comienzos. Plantear la crisis del Estado, así como la de otras categorías y conceptos a él unidos en el paradigma constitucional de la modernidad (separación estado-sociedad, estado-nación, soberanía, poder constituyente, etc.) tiene el valor de la constatación pura y simple de una tendencia evolutiva, ampliamente corroborada. Pero comporta otro tipo de valoraciones, especialmente referidas a que la crisis del Estado ha de contemplarse con cautela, comprendiendo los riesgos que conlleva, porque si bien la adhesión del Estado al nacionalismo o a otros fundamentos holísticos lo convierte fácilmente en fuente de autoritarismo y de dominación arbitraria, la desaparición o la inoperancia del Estado supone la desaparición de un freno a las fuerzas de apropiación privadas, la erosión de un límite a la concentración de poderes económicos: el peligro de una despolitización generalizada que bien podría establecerse en nombre del mercado.

Por todo ello, creo que nos encontramos ante un excelente texto que tendrá entre otras virtualidades la de durar en el tiempo. No es un texto de hoja caduca que será barrido con los primeros vientos del otoño. Propuesta inteligente y calculada, supone también para el lector que se acerque a sus páginas el reto de responder a las incitaciones que allí se contienen. Éste es, sin duda, un modo nuevo de entender la función pedagógica: no pretender imponer una lectura cerrada, por no decir dogmática; sino una lectura abierta, que tiene no obstante la ventaja de que no se dispersa sino que deja en el estudiante y en el estudioso la sensación de hacer suyas ideas desde las que volver a empezar a pensar.

José Asensi Sabater
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante