

# FALSAS Y VERDADERAS VIAS DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL

Por MIGUEL HERRERO DE MIÑON

## SUMARIO

Introducción. I. La ascética como vía de concordia: 1) Definición de la concordia; 2) Elasticidad constitucional; 3) Eliminación de contenidos polémicos y remisión a textos internacionales. II. Caminos que no llevan a parte alguna: 1) Remisión al legislador; 2) Compromiso apócrifo; 3) Pseudo universales concretos. III. La pretensión constitucional de validez: 1) Clasificación ontológica de las Constituciones; 2) La técnica de los principios rectores; 3) La necesidad de interpretación jurídica. Conclusión.

## INTRODUCCION

El consenso en política puede predicarse de muchas maneras, y buena prueba de ello es la abundante literatura que las ciencias sociales han producido sobre el tema (1). Sin embargo, cuando se hace referencia al consenso como metodología característica del reciente proceso constituyente español, se utiliza el término en su acepción vulgar, esto es, de «asenso, consentimiento, y más particularmente, de todas las personas que componen una corporación» (*Diccionario de la Real Academia*). En este caso de la Asamblea constituyente una investigación lexicográfica, como la esbozada en Francia por René Pucheu (2), nos llevaría, aquende como allende los Pirineos, al origen latino del vocablo y, siguiendo estas raíces, a las dos palabras vecinas y diferentes «concentio» (acción de cantar en compañía) y «consensio» (conformidad de sentimientos). El sentido último que para la

(1) Cfr. la bibliografía recopilada por P. FAVRE en *Pouvoirs*, 5, 1978, pág. 118.

(2) *Ibid.*, pág. 16.

ciencia política tienen todos estos vocablos nos lo revela su conjunta utilización por Cicerón, buen conocedor de ambos, a través de los seis libros fragmentariamente conservados en su tratado *De Re Publica* (Sobre el Estado). En este tratado se equiparan «concentus», como noción musical, «consensio», como noción psicológica, y «concordia», como categoría política, y es esta noción de «concordia» la que expresa aquella base ineludible de la convivencia social sobre la cual no existe enfrentamiento radical sino, al decir del propio Cicerón, «benevolentium concertatio», y sin la que la sociedad deja de ser tal, se disocia y, siguiendo el famoso epitafio de nuestro romántico, una de sus mitades mata a la otra media (3).

Cuando se trata del consenso como procedimiento de elaboración de una constitución, se atiende de manera especial a este significado, puesto que la constitución, como decisión última sobre el modo y la forma de la vida política, expresa este acuerdo radical de quienes componen el cuerpo social de vivir en común según unas determinadas pautas, en torno a las cuales todos ellos son concordes. La finalidad de estas páginas es poner de manifiesto cuáles han sido y cuáles pudieron ser las vías constituyentes para obtener el necesario consenso, y a qué resultados condujo cada una de ellas, no sólo para contar lo que fue, sino para permitir valorar sus diversos episodios y sacar consecuencias para el porvenir español, o de quien en el ejemplo español se inspire.

Para ello, es preciso tener bien claro qué ha de entenderse por Constitución. *La Constitución es una norma suprema* donde cristaliza o plasma una decisión no menos suprema sobre el modo y forma de regir la cosa pública. Ello nos lleva a exigir que esta decisión sea expresión de una concordia, puesto que mal puede tomarse por verdadera norma fundamental y permanente de una sociedad política aquello que la propia sociedad no deja de poner en cuestión; por esta razón me ocuparé, en primer término, de qué sea la concordia y cómo es posible obtenerla. Pero este ineludible requisito no puede obtenerse eliminando la decisión en que la Constitución consiste; antes bien, ha de tratarse de una decisión, por concorde más terminante y radical; por ello analizaré las falsas vías conducentes al pseudo-consenso. Por último, la decisión constitucional es de carácter normativo, y solamente la reafirmación de este carácter, examinado en último lugar, permite corregir los excesos a que un aparente consenso puede llevar.

---

(3) Los textos de Cicerón en II, 42. Cfr. la bellísima exégesis de ORTEGA en *Del Imperio Romano*, determinante en la concepción española sobre el tema. Cfr. SUÁREZ en *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados* de 5 de abril de 1978.

## I. LA ASCETICA COMO VIA DE CONCORDIA

1. ¿Qué es la concordia? Cicerón la define como el más apretado vínculo de toda la república, comparándola a lo que es en el canto la armonía.

El romano vulgariza así lo dicho siglos atrás por un griego ilustre: «De concordia política, sólo puede hablarse cuando los ciudadanos coinciden en lo que atañe al Estado— por ejemplo, cuando en el Estado todos opinan que los magistrados deben establecerse por elección» (*Etica a Nicomano*). La concordia será, pues, consenso, no sobre quién es el magistrado, ni menos sobre qué debe hacer, sino sobre el procedimiento de su elección, tema, ciertamente, mucho más último y radical; pero esto y sólo esto es la Constitución.

Porque, en principio, la decisión en que la Constitución consiste puede responder a preguntas múltiples, atañentes todas ellas a la forma del poder. La primera, la de *quién manda*, esto es, la manera de designar y controlar a los gobernantes; la segunda, la de *hasta dónde se manda*, es decir, cuáles son los límites al poder de los gobernantes; la tercera, *para qué se manda*, es decir, cuáles son las metas fundamentales del poder y de la sociedad; la cuarta y última, *qué es lo que en cada caso concreto ha de mandarse*.

En una sociedad arcaica, la decisión soberana y la consiguiente norma fundamental podía, tal vez, responder a estas cuatro preguntas, porque la costumbre ancestral determinaba cada acto concreto del mando. En una sociedad totalitaria, como las que hoy imperan en la Europa del Este, la Constitución puede incluso responder a las tres primeras cuestiones, puesto que la forzada unanimidad permite obviar la disensión sobre las metas sociales (4). En una sociedad industrial moderna y que goce del pluralismo político inherente a la libertad, la Constitución sólo puede pretender responder a los dos primeros interrogantes: *el quién y hasta dónde se manda*.

En efecto, quienes profesamos concepciones del hombre y del mundo radicalmente contradictorias, podemos coincidir tan sólo en unos pocos valores tan fundamentales como formales, reductibles a las propias leyes del juego: la coincidencia en la manera de discordar. Estas reglas son el conteni-

---

(4) Verbigracia, Constitución socialista de la República Popular Democrática de Corea, 1972: «La República Popular Democrática de Corea está apoyada en la unidad política e ideológica de todo el pueblo...» (art. 2.º) «... tiene como guía directiva para su actividad la idea Zuche del Partido del Trabajo de Corea, que ha aplicado de manera creadora el marxismo-leninismo a la realidad de nuestro país» (art. 4.º). Este tipo de declaraciones son usuales en las Constituciones comunistas.

do de la parte orgánica de la Constitución, e incluso de una sobria parte dogmática que se reduzca a establecer los límites al poder. Por el contrario, si pretendemos extender la concordia hasta determinar «para qué se manda», tropezaremos con la insuperable oposición entre cosmovisiones antagónicas que pueden coexistir, e incluso colaborar en la praxis de cada día, pero que no pueden, ni quieren, ni deben conciliarse, so pena de traicionarse en cuanto al principio y fundamento se refiere.

La concordia sobre estas opciones fundamentales puede buscarse a través de una doble vía: la limitación del contenido y el compromiso auténtico. Mediante la primera, se reduce la Constitución a su nuda esencialidad, a su sentido positivo, esto es, a la determinación de aquellas reglas formales que establecen el ámbito de poder de los gobernantes y las fórmulas por las cuales éstos son designados, removidos y controlados. Al no determinar las metas del poder ni, menos aún, los contenidos concretos del mandar, se facilita extremadamente la concordia, incluso entre quienes mantienen las más diversas posiciones, siempre que acepten el respeto de dichas reglas de juego, entre las cuales se halla, quede esto claro, la propia cláusula de revisión constitucional. ¿Puede considerarse baladí por escaso, este tipo de consenso? En manera alguna. En una moderna sociedad industrial, que sigue pautas democráticas, este respeto formal es la mejor garantía frente a totalitarismos de uno y otro signo y, precisamente, la neutralidad ante los valores es, por sí misma, un valor, histórica y lógicamente vinculado al supremo valor de la libertad.

Es claro que en una sociedad como la descrita, es imposible el acuerdo de los ciudadanos y de los grupos en que éstos se integran, sobre cuál es el modelo de sociedad que se desea establecer o preservar. Pero es ciertamente posible, y así lo demuestra todo el mundo occidental, ponerse de acuerdo sobre la forma en que el modelo de sociedad deseado debe ser propugnado, defendido o establecido, dejando al legislador y al gobernante de cada momento, las concretas decisiones de fondo. En la vecina Francia, la Constitución de 1958, merced a su neutralidad ideológica, ha servido y sirve de marco al enfrentamiento pacífico entre una mayoría favorable a la sociedad liberal y capitalista, y una minoría afecta al programa de izquierdas, mientras que sería de todo punto imposible poner de acuerdo ambas opciones sobre una formulación que no se detuviera en marcarles los límites de un palenque, sino que quisiera entrar en la determinación de una posición común, en cuanto a la sociedad a construir.

Por el contrario, en el también vecino Portugal, una Constitución que aspiró a determinar, no la forma, sino el contenido político futuro, a más de crear infinitos problemas de interpretación, está clamando por su revisión,

al cambiar la mayoría que le dio la luz y las circunstancias del momento.

No es azar el que las constituciones más estables y que con una vida secular han llegado a la actualidad llenas de frescor sean las de los Estados Unidos, Noruega y Bélgica, textos carentes de toda ideología, y que por no predeterminar las opciones políticas y sociales del futuro, han servido de cauce a todas ellas. Estas opciones políticas concretas, no necesitan, por su parte, una apoyatura constitucional expresa. El divorcio se ha establecido en Francia e Italia sin que su derecho constitucional previese nada al respecto; la economía sueca ha sido socializada sin ninguna previsión constitucional sobre planificación e intervención, y si Irlanda es hoy el paraíso de las inversiones, ello ocurre sin mención constitucional alguna sobre la economía del mercado.

Es claro que la mera reducción del contenido constitucional facilita la concordia, pero no la produce de manera automática, y un proceso constituyente protagonizado por una pluralidad de opciones políticas tiene, necesariamente, que incluir una fuerte dosis de compromisos auténticos. Es decir, de decisiones que, como enseña la dinámica del movimiento resultante de fuerzas divergentes, sea la diagonal de los diferentes intereses e ideologías en lucha. La creación de un legislativo bicameral en los Estados Unidos y, por influencia suya, en numerosas federaciones, es un ejemplo señero de compromiso auténtico entre los partidarios de una representación popular unitaria y una representación de los Estados (5), y en la Constitución española se encuentran numerosas muestras de este tipo de compromiso. Así, por ejemplo, el término «nacionalidades» aparece en el artículo 2 a cambio de una reiterada mención de la nación española como sujeto constituyente, cuya unidad e indisolubilidad es fundamento de la Constitución misma; la constitucionalización de la «progresividad» fiscal se introduce a cambio de la expresa inconstitucionalidad de sus eventuales efectos confiscatorios (artículo 31, 1), etc. Se trata, en todo caso, de compromisos que no eliminan la decisión, sino que la determinan y modulan, y ello es posible porque al recaer sobre aspectos formales, sobre reglas del juego, sustituye el debate entre «concepciones totales» por el de «acuerdo en la regulación de relaciones concretas» (6).

2. Tal es la característica doctrinalmente denominada elasticidad de la Constitución (7); esto es, la capacidad de un texto para, sin dejar de ser

(5) Cfr. HAMILTON-MADISON-JAY: *The Federalist Papers*, 62, III.

(6) Düringer, citado por Schmitt.

(7) A partir de ROSSI (*La «elasticità» dello Statuto Italiano*, en *Scritti per Romano*, Padua, 1940, I) después recogida por CHIARELLI y PERGOLESI.

normativo, es decir, formulador y regulador del proceso político, mantener su vigencia a través de situaciones muy distintas, mediante lo que la doctrina alemana denominó reforma constitucional tácita (8). No se trata de que la Constitución sea un mero reflejo de la situación de hecho, pero sí de que pueda adaptarse a las cambiantes circunstancias fácticas. Se trataría, en suma, parafraseando la brillante metáfora orteguiana, de una Constitución piel del cuerpo social. Como nuestra piel, la norma, aprieta y ciñe músculos, pero con una presión de tal manera coincidente con los alabeos de aquellos, que pueda decirse del cuerpo social que vive tan libre como «dentro de su piel», puesto que la presión de la norma sobre la realidad, análogamente a la ejercida por la piel sobre el cuerpo, se sentida como parte del propio yo. A este Estado como piel, paradigma de la vida como libertad, puede y debe oponerse el Estado como mero aparato ortopédico al que el proceso político sólo es capaz de ajustarse descoyuntándole, al modo de un lecho de Procusto.

Esta elasticidad constitucional puede obtenerse cuando el constituyente alcanza el supremo arte de prever instituciones que, sin perder un ápice de su lógica interna, puedan sobrevivir en situaciones muy distintas. Así, el presidente de los Estados Unidos, tal como los idearon los constituyentes de Filadelfia, era el rey electivo y el cónsul de la sociedad agraria integrada por caballeros en que soñara George Washington. Y hoy, cuando el cuerpo social americano se ha transformado en una sociedad de masas, el presidente puede seguir siendo un monarca electivo. Análogamente, pueden considerarse disposiciones favorables a la elasticidad constitucional aquellas que previendo los requisitos ineludibles de una representación democrática, eluden la cuestión importante, pero mucho menos trascendente del sistema electoral, cuya regulación se deja a una norma de rango inferior (v. gr. Francia, 1958, arts. 24 y 25).

Sin embargo, existe una forma apócrifa de elasticidad, como sería buen ejemplo el estatuto italiano de 1848, susceptible de haber servido de marco a una monarquía limitada, a un sistema parlamentario y a una dictadura fascista, merced a una serie de silencios y remisiones, capaces de sustraer gran parte de su contenido a la decisión constitucional. Si la Constitución es, ante todo, decisión en pro de una forma de gobernar la cosa pública, cuando esta decisión se volatiliza, también la Constitución se disuelve en puras formas carentes de contenido positivo. Por ello, un silencio, siempre elogiabile, puede convertirse en apócrifo cuando supone la falta de decisión

(8) A partir de JELLINEK (*Vervassungsänderung und Vervassungswandlung*, Berlín, 1906), cfr. HERRERO DE MIÑÓN en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, CXXIV, (1975), 3, págs. 252 y sigs.

sobre un tema de importancia capital para el gobierno de la comunidad. Por ello, a veces, determinadas precisiones que podrían parecer excesos de racionalización allí donde estas cuestiones están suficientemente resueltas por la costumbre, por ejemplo, la forma parlamentaria de gobierno, no son tales cuando se trata de introducir positivamente una nueva estructuración, erradicando prácticas contrarias, siempre que esta institución, como es el caso de la propia forma de gobierno, sea de importancia capital para el vivir colectivo. Tal es la razón de los artículos 99, 113 y 114 de la Constitución, en donde se establecen los trámites necesarios para que el calificativo de parlamentaria, que la monarquía recibe en el artículo 1, 3 del texto constitucional, no sucumba ni ante la presión asamblearia ni ante la inmoderada intervención del poder moderador (9).

3. El imperativo ascético como vía más segura para obtener una Constitución de concordia se refiere fundamentalmente a la eliminación de la regulación constitucional de aquellos sectores más proclives a sustentar valores polémicos y a cargarse, por tanto, de afectos; es decir, por lo general, la parte dogmática de la Constitución. Sin duda, no sólo las Declaraciones de Derechos y Libertades constituyen los elementos más emotivos del orden constitucional. Hay ciertas instituciones, baste pensar en la forma política del Estado, hay algunos símbolos, como es el caso de la bandera o incluso, en el reciente proceso constituyente español, algunas palabras (nacionalidades, tracto foral, marco de la Constitución), que irradian un áurea inmediata de sentimientos cuyo significado es más emotivo que de otro tipo. Sin embargo, lo cierto es que estos elementos orgánicos cargados de afectividad son difícilmente eliminables del ámbito constitucional, y así, por vía de ejemplo, resultaría impensable una Constitución que no optase entre la forma monárquica y la republicana (10). Por el contrario, la parte dogmática de la Constitución es el terreno abonado para el desarrollo de ideologías y programas que, cualquiera que sea su bondad, resultan no sólo inútiles en el texto constitucional, por las razones más adelante apuntadas, sino extraordinariamente polémicos por incidir en el *qué* y *para qué* ha de ejercerse el poder. Su inclusión en el texto constitucional hace de éste una *Constitución*

---

(9) Una crítica en MIRKINE GUETZEVITCH: *Les Constitutions de l'Europe*, París, 1951, I (Introducción). De ella se podría tomar, tal vez, el excesivo detallismo del precepto ¿no hubiera sido mejor decir «consultas oportunas» en vez de especificar los siempre imprevisibles interlocutores del Rey? La práctica parece avalar esta posición.

(10) Así lo pretendieron en los primeros momentos de la ponencia constitucional tanto el representante socialista (señor Peces) como el de Alianza Popular (señor Fraga). Cfr. *Actas de la Ponencia Constitucional*, día 25 de agosto de 1978, núm. 4).

*ideológico-programática* que, precisamente por este carácter, puede oponerse a la *Constitución utilitaria*, es decir, aquella que no aspira a señalar una finalidad al poder, o a esbozar las utópicas condiciones de un ejercicio ideal del mismo, sino, simplemente, a establecer unos cauces formales para su ejercicio, control y limitación (11). Son precisamente estas constituciones las que han obtenido, por su carencia de valores polémicos, un mayor alto grado de concordia y una más pacífica y prolongada vigencia.

En una situación de pluralismo político y social, la constitucionalización de valores relativos, no ya a la titularidad, ejercicio y límite del poder, sino a sus metas y contenido concreto, sólo puede conseguirse mediante la imposición de un sector sobre los demás, lo cual es la negación misma del consenso o, lo que es peor, mediante la acumulación de contenidos heterogéneos, cuando no contradictorios ya por la vía un tanto burda de la mera superposición, ya por las vías más adelante expuestas. Frente a todas estas posibilidades, el silencio es la única sana norma de acción. Si los constituyentes deben expresar la concordia básica solamente a partir de la cual es posible el disenso, dicha formulación no puede llegar más allá de donde la concordia es posible y, antes de eliminarla o, lo que a veces es peor, falsearla, resulta más sensato el consejo del filósofo: cuando no hay nada que decir, más vale callar.

Sirva de ejemplo el durante tantos años polémico tema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. El Estado es de suyo una realidad secular, y solamente existe una confesionalidad del mismo allí donde ésta se predica expresamente de aquél. Por ello, cuando se ha querido garantizar la secularidad del Estado, sin más, ha bastado proclamar y garantizar la libertad religiosa, sin afirmar otra cosa. Tal fue el caso de Bélgica en 1831, de Austria en 1866 y, muy recientemente, de Irlanda y, por vía de remisión, de Italia. Por el contrario, donde se ha afirmado expresamente el carácter laico del Estado (Francia, 1905), la separación de Iglesia y Estado (Portugal, 1911; Unión Soviética, 1924, y siguientes Constituciones socialistas), la carencia por parte de este último de religión oficial (España, 1931), esas proposiciones han adquirido un carácter marcadamente beligerante y antirreligioso. Por ello, a la hora de acordar la nueva relación entre la Iglesia y el Estado en la Constitución española, hubiera sido más sensato guardar un prudente silencio y, solamente la irracional pretensión de abordar el tema en un sentido expresamente laicizador (12), llevó a la retorcida fórmula del artículo 17, en

(11) LÖWENSTEIN: *Teoría de la Constitución* (trad. esp.), Barcelona, 1965, pág. 211.

(12) Todos los miembros de la ponencia constitucional, a excepción de UCD, se pronunciaron en favor de un texto análogo al artículo 3 de la Constitución de 1931 (Cfr. *Actas de la Ponencia Constitucional*, día 30 de agosto de 1978, núm. 3).



el que, por otra parte, la fuerza normativa de los hechos, la innegable circunstancia de que la Iglesia Católica tiene en España una importancia, por cuantitativa, cualitativamente heterogénea de las restantes confesiones religiosas, obligó al reconocimiento expreso de esta institución. Una libertad religiosa que, como todas libertades democráticas, fuera tan ajena al privilegio como respetuosa de los derechos de la mayoría, que atendiera a su dimensión comunitaria y a su índole sintética con las otras libertades (educación, información, fundación, etc.), hubiera sido en España un camino mucho más pacífico para garantizar, por vía de silencio, la secularidad del Estado, asegurar la pública y privada libertad de conciencia de todos los españoles, y permitir el tratamiento diferencial de lo que, más allá de las normas, es un hecho diferente.

La deseable eliminación de la parte dogmática, el elemento al cual se vincula de manera especial la desvalorización de los textos constitucionales (sirvan de ejemplo los casos italiano y portugués) y que limitan, o del que prescindieren los textos constitucionales más progresivos (respectivamente, Alemania 1949, Suecia 1975 y Francia 1958), viene hoy día facilitadas por la progresiva internacionalización de los derechos humanos, muy especialmente en el ámbito europeo, a partir de la Convención de 1950, con sus protocolos adicionales y la Carta Social Europea de 1961. En efecto, estos textos abarcan todo el posible contenido de una eficaz parte dogmática de nuestros días. Baste compararlos con el título I de la Constitución española, para comprobar que solamente las declaraciones más retóricas e inútiles de estos últimos no están cubiertas por las formulaciones europeas (13). Por otra parte, la situación de la Declaración respecto del ordenamiento jurídico de los Estados que en ella son parte se ajusta a una de estas dos pautas: para los Estados tradicionalmente «dualistas» como Gran Bretaña o los países escandinavos, que no reconocen en el tratado internacional una fuente directa de su ordenamiento, la Convención, como cualquier otro instrumento internacional, sólo es parte del propio derecho interno en la medida en que los organismos legislativos competentes la han transformado en ley. Por ello no puede ser directamente invocada ante la jurisdicción nacional. Por el contrario, para los Estados monistas, la Convención, debidamente ratificada, es parte integrante del propio ordenamiento; tal es el caso de Francia, Alemania o Portugal, por aplicación de sus reglas constitucionales sobre recepción en el derecho interno de los tratados internacio-

(13) Cfr. las respectivas posiciones en *Actas de la Ponencia Constitucional*, día 1 de septiembre de 1978, núm. 10, y día 6 de septiembre, núm. 2, y en *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional del Congreso*, 59, 5 de mayo de 1978, pág. 2026 (señor Herrero) y pág. 2033 (señor Peces).

nales debidamente celebrados; tal será el caso de España, por aplicación de lo previsto en el artículo 96, 1 de la Constitución y paralelo artículo 1, 5 del Código Civil (14).

Un problema que se plantea respecto de este segundo grupo de Estados es la jerarquía de la Convención dentro de su propio ordenamiento interno. Este problema ha sido resuelto de maneras diversas, pero la directriz general del derecho constitucional comparado de los países europeos y de su interpretación jurisprudencial le atribuye un valor superior al de las leyes internas (15). Más aún, no faltan casos, como el alemán, donde la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que «los artículos del título I de la Convención constituyen parte integrante del orden jurídico interno», y que por su mera entrada en vigor «se han modificado las leyes en la medida en que sean divergentes» (16). En función de esta situación, la jurisprudencia austríaca se planteó desde 1958 a 1964 el problema de la jerarquía legal o constitucional de la Convención, decidiendo la ley de 4 de marzo de 1964 el rango constitucional de la Convención (17). A una solución semejante ha llegado el Tribunal Administrativo Federal alemán, en sentencia de 16 de enero de 1964 (18).

Debe señalarse que esta solución sería de automática aplicación en España, puesto que es doctrina legal tradicional del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado el valor superlegal de los tratados internacionales debidamente celebrados, frente a los que no pueden prevalecer normas anteriores ni posteriores (19).

Paralelamente a su incidencia en el derecho interno de los diversos Estados que son parte en ella, la Convención ha alcanzado una posición privilegiada en el derecho constitucional de las Comunidades Europeas. La posible divergencia entre las Comunidades y la Declaración adquirió relieve

---

(14) Tal es la situación que refleja la documentación recogida en *Recueil des décisions des Tribunaux Nationaux se référant à la Convention*, publicado y periódicamente actualizado por el propio Consejo de Europa. De esta fuente se toman las referencias jurisprudenciales de las notas siguientes.

(15) Cfr. Francia, artículo 55; Países Bajos, artículo 66; Chipre, artículo 169; cfr. Consejo Constitucional Francés 15 de enero de 1975, Tribunal Supremo de los Países Bajos 18 de abril de 1961 y Tribunal Supremo de Chipre de 5 de abril de 1968.

(16) Sentencias Tribunal Apelación de Baviera de 21 de septiembre de 1960; Colonia, 11 de abril de 1963; Bremen, 19 de junio de 1964.

(17) Cfr. PAHR: *Le système autrichien de protection des droits de l'homme*, en «Revue des Droits de l'Homme», I, 3.

(18) *Deutsches Verwaltungsblatt*, 83, 1968, págs. 983 y sigs. .

(19) Cfr. RODRÍGUEZ ZAPATA: *Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes de Derecho*, Bolonia, págs. 274 y sigs.

jurisprudencial en Alemania en 1967 (S. Tribunal Constitucional de 18 de octubre) y en el sentido de dar primacía a la Convención sobre el Tratado de Roma. Por otra parte, desde 1959 se planteó la posibilidad de una adhesión formal de la Comunidad Europea como persona jurídica internacional a la Convención, que hubiera, de esta manera, adquirido el rango de derecho comunitario, superior, en cuanto tal, al derecho de los Estados miembros. La solución a que ha llegado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades ha sido considerar la Declaración y sus Protocolos como una «superlegalidad europea», un derecho común, que «se impone a todas las autoridades de las partes contratantes, incluido el poder legislativo» (Dec. 9-VI-1958, asunto De Becker). Esta solución, elaborada por la jurisprudencia posterior y facilitada al ratificar Francia la Convención y ser parte en la misma todos los países miembros de las Comunidades, ha consistido en incorporar al derecho comunitario los derechos y libertades reconocidos en la Convención, por ser ésta exponente de los principios generales del derecho europeo (20).

En consecuencia, la eliminación de la parte dogmática, y su sustitución por la remisión a estas normas internacionales, no sólo proporciona una sólida garantía a los derechos individuales, y fortalece los vínculos jurídicos de la comunidad internacional, sino que, además, al permitir una eliminación de la redacción más polémica y seguir pautas ajenas a las concretas reivindicaciones de partidos, facilitan el consenso en torno a la Constitución.

Si en España no se siguió este camino, tanto aquí (art. 10, 2), como en Portugal (art. 16, 2), se hizo de los textos internacionales y especialmente de los europeos, el criterio de interpretación de la parte dogmática, por lo cual, es de prever que, ya por vía de revisión expresa, ya por vía de revisión tácita, mediante el adecuado desarrollo integrador de las normas internacionales, los textos europeos sustituyan las específicas partes dogmáticas de las respectivas constituciones (21).

---

(20) Sentencias T. J. de las Comunidades de 12 de noviembre de 1969, 17 de diciembre de 1970, 14 de mayo de 1974 y 20 de octubre de 1975. Cfr. J. DE MIGUEL ZARAGOZA: *Elementos jurídicos de integración europea*, Madrid, 1976, págs. 100 y sigs., nuestro mejor conocedor de este tema, a cuya amistosa erudición debo las pistas aquí utilizadas.

(21) La idea, como siempre, tuvo un origen doctrinal (cfr. I. DE MIGUEL ZARAGOZA, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1116, de 15-XII-1977, pág. 6) y planteada por el señor Canyellas en el Congreso (enmienda núm. 246) fue adoptada por UCD en el Senado (enmienda núm. 707 y *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional* —Senado— núm. 42 de 23 de agosto de 1978, pág. 1739 (señor Escudero), pág. 1743 (señor Sánchez Agesta) y sigs.

## II. CAMINOS QUE NO LLEVAN A PARTE ALGUNA

La vía alternativa a este prudente silencio, a esta reducción que tanto en política como en aritmética pretende y posibilita obtener el común denominador, es el compromiso sobre un campo más amplio y profundo, esto es, el compromiso no ya en torno a las reglas de juego, sino sobre el contenido y las metas mismas del poder. El compromiso de indudable utilidad en la política de cada día, es de conveniencia mucho más dudosa cuando versa sobre estos extremos fundamentales, porque al enfrentarse opciones radicalmente diferentes, el compromiso se obtiene, ya mediante la muy criticable técnica de un mandato al legislador, ya mediante lo que la teoría de la Constitución califica de compromiso apócrifo, ya mediante la constitucionalización de falsos universales concretos. En la práctica es frecuente que cada una de estas técnicas arrastre consigo a las otras dos.

1. La primera de estas vías consiste en sustituir la norma constitucional autosuficiente por una norma de segundo grado, un mandato que manda mandar en el futuro. Tal tipo de disposiciones transforman la Constitución, con mengua de su carácter estrictamente normativo en programa legislativo. Cualquiera que sea su utilidad política momentánea (y no es útil una política constitucional coyuntural), esta vía lleva a sobrecargar el texto de disposiciones inservibles, puesto que se limitan a ordenar al legislador que haga lo que inexcusablemente tiene que hacer, pero sin determinar el contenido de este quehacer, porque si dicha determinación fuera posible también lo sería establecer directamente el mandato en la propia Constitución. Si, por vía de ejemplo, el compromiso no es viable sobre el establecimiento o exclusión del divorcio vincular a nivel constitucional, de nada sirve ordenar al legislador que establezca las causas de disolución del matrimonio y sus efectos (art. 32, 2), porque el legislador lo hará, sin duda, como hasta ahora lo ha venido haciendo, aún sin la existencia de este mandato, y el mandato no añade nada a la discrecionalidad del futuro legislador, puesto que, para seguir con el ejemplo citado, no queda allí prejuzgada una legislación favorable o adversa al divorcio (22).

Sin embargo, la remisión al legislador futuro no es, por inútil, plenamente inocua y contribuye notablemente a la confusión de todo el ordenamiento jurídico. En efecto, como la práctica de la Constitución italiana de 1948 puso

---

(22) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 107, de 11 de julio de 1978, pág. 4082 (señor Sotillo), y pág. 4086 (señor Herrero de Miñón).

de relieve, la afirmación meramente retórica contenida en la Constitución no es susceptible de abrogar la legislación ordinaria a ella opuesta, porque carece de la concreción necesaria para sustituir una norma por otra, y la mera derogación crearía peligrosas lagunas legislativas. Sin embargo, la retórica constitucional, incapaz de tener efectos abrogatorios, si es capaz de producir la ilegitimidad constitucional de la legislación ordinaria que le sea opuesta, privándola de eficacia, con el consiguiente vacío; y así ocurrió en Italia (23). Si, por el contrario, como parece orientarse la práctica española (24), se reduce la eficacia de estas disposiciones a un mero programa legislativo sin efectos directos algunos, la Constitución se devalúa y disuelve en la discrecionalidad del legislador ordinario, que puede darle no sólo un contenido muy diferente, sino privarla de todo valor por la mera omisión en el legislar, omisión que ningún órgano jurisdiccional puede corregir y menos suplir y que, por supuesto, difícilmente engendra una responsabilidad política eficaz.

Desgraciadamente, la Constitución española hizo un uso inmoderado de esta discutible técnica, y de ahí que el proceso constituyente pueda entenderse prolongado a la fase de elaboración de las numerosas leyes previstas por el texto constitucional y el pseudoconsenso de los partidos, cuando de la elaboración de éste se trataba, no evite el disenso a la hora de desarrollar la Constitución en un sentido determinado. Si la Constitución es decisión, y la única decisión adoptada es la de remitir al futuro legislador la carga de decidir, no existe realmente Constitución en sentido positivo, sino una norma aparentemente constitucional, cuyo único contenido es desconstitucionalizar los extremos en ellos abordados. Se abren así «brechas» por las que hace agua la superlegalidad constitucional (25).

(23) Sentencias de la Corte Constitucional de 5 de junio de 1956 (núm. 1) y de 28 de junio de 1950 (núm. 40).

(24) La Fiscalía General del Estado, en Circular 7/1978, de 30 de diciembre, insiste en la inmediata vigencia de los derechos de los ciudadanos, tanto de los contenidos en la propia Constitución como en los Tratados internacionales a los que se remite el artículo 10.2 de la misma. Sin embargo, según la misma circular, la tutela de los principios rectores de la política económica y social tiene lugar a través de las leyes que los desarrollan (apartado V) y al atender al caso concreto, la misma Fiscalía entiende que la legislación anterior, aún contraria a las declaraciones constitucionales programáticas, sigue vigente, puesto que de lo contrario se produciría un vacío legislativo incompatible con la seguridad jurídica predicada por la propia Constitución (Consulta 1/1979, de 12 de enero).

(25) Cfr. LÖWENSTEIN, *op. cit.*, pág. 397. La problemática de la deslegalización ofrece un buen paralelo a este fenómeno, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1975, págs. 200 y sigs.

Sin embargo, la grave situación así creada no lo es tanto aquí y ahora porque los temas desconstitucionalizados podían no haber sido nunca objeto de tratamiento constitucional. En efecto, tres son los grandes tipos de remisiones al legislador utilizados por la reciente norma fundamental española. En primer lugar, aquellas leyes a las que se remite la determinación del contenido de un derecho fundamental y, en estos supuestos, dicha remisión, a más de ser en algunos casos de todo punto necesaria, dada la complejidad del ejercicio de alguno de estos derechos (baste pensar en el de propiedad o en el de fundación) (26), no suponen la posibilidad de vaciado legislativo del mismo, en virtud de la cláusula de respeto al contenido esencial prevista en el artículo 53 de la Constitución. En segundo término, las leyes que han de desarrollar los principios rectores de política económica y social y que, dada la inocuidad de éstos, más adelante expuesta, no hacen sino confirmar el dominio del legislador sobre temas de su competencia. A este grupo habrá que añadir aquellas remisiones de la Constitución a lo que el legislador «determinara», «estableciera» o «fijara», y que se refieren por lo general a extremos de orden administrativo, civil o laboral, que, cualquiera que sea su importancia, no son propios de un tratamiento constitucional o, al menos, no son necesarios en éste (27). Por último, existen casos en los cuales el constituyente, arrastrado por una retórica verbal a la que no se unía ninguna voluntad de decidir, ha bloqueado el desarrollo de instituciones o procedimientos considerados como no deseables sometiéndolos a la elaboración de una ley, bien por considerarla de difícil factura, bien por remitir al futuro lo que se encontraba incapaz de resolver por sí (28).

2. Por su parte, el compromiso apócrifo consiste en «una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibiológica la cuestión litigiosa misma» (29). Los términos equívocos, las expresiones carentes de sentido lógico, el equilibrio entre términos contradictorios, con la consiguiente carencia de toda dinamicidad en la expresión son, entre otros, medios muy adecuados para obtener un aparente compro-

(26) Artículos 17.4, 18.4, 19, 20.1 d), 23.2, 27.9, 28.1, 28.2, 29.1, 29.2, 30.2, 37.2, 55.2. Sobre la cláusula de respeto al contenido esencial me remito al trabajo de DÜRIG (*Archiv des öffentlichen Rechts*, 81, 1956, págs. 117 y sigs.), en tanto no aparezca el que tengo en preparación sobre este extremo.

(27) Artículos 8.2, 11.1, 13.1, 13.3, 13.4, 24.2, 27.7, 27.10, 30.4, 32.2, 35.2, 36, 37, 39.2, 43.2, 45.3, 46, 51.2, 51.3, 52, 54, 98.4, 103.3, 104.2, 105, 121, 126, 128, 129, 132, 140.

(28) Artículos 17.3, 20.3, 76.2, 87.3, 125, 141, 1, 29°, 151.1, 152.1.

(29) SCHMITT: *Teoría de la Constitución* (trad. esp.), Madrid, 1934, págs. 36 y sigs.

miso. Permiten creer y hacen creer que se ha obtenido un consenso y así es, puesto que fórmulas tales son fruto de un acuerdo entre posiciones contradictorias, pero un acuerdo que no afecta al fondo de la cuestión, porque sólo consiste en aplazar la decisión mediante una aproximación meramente verbal de contenidos objetivos inconciliables. Si toda ley, y *a fortiori* la Constitución, expresan y cristalizan una «voluntad», en el compromiso apócrifo, tras la apariencia normativa se oculta una «noluntad», es decir, una decisión de no decidir, cuya forma equívoca sumirá en la perplejidad al intérprete honesto y conducirán, ya a su libre arbitrio, ya a la inaplicación de esta falsa norma, con el consiguiente riesgo, en ambos supuestos, para la estabilidad de las instituciones constitucionales. Así, por ejemplo, la constitucionalización del derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 28, 2) es un compromiso apócrifo entre los defensores de la huelga como instrumento de coacción política y los mantenedores de la misma como medida de conflicto colectivo. Los primeros pretendían su constitucionalización sin cortapisa ninguna, los segundos hubieran preferido afectar la huelga a la defensa de intereses *profesionales*, el consenso a nivel puramente verbal permitió obtener una fórmula que todos votaron, pero a la que, desde el comienzo, dieron un significado diferente (30).

3. La tercera de las técnicas de consenso utilizadas es la constitucionalización de falsos universales concretos. La determinación de estas categorías exige ciertas precisiones doctrinales previas. Frente al cosmos de privilegios característico del antiguo régimen, la norma del Estado constitucional y, ante todo, la propia Constitución, se caracteriza por su generalidad.

---

(30) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 107, de 11 de julio de 1978, con la posición del PSOE en favor de la huelga general política (señor Saavedra Acevedo), pág. 4065 y las posiciones de los respectivos grupos, págs. 4068 (señor Herrero de Miñón), 4070 (señor Solé) y 4071 (señor Peces).

Rubio Llorente y Aragón, en un agudísimo trabajo publicado en esta REVISTA (número 7, enero-febrero 1979, págs. 161 y sigs.), recogen diferentes casos de enunciados vacíos de la reciente Constitución, cuya vacuidad semántica tiene por raíz un «compromiso apócrifo». Así, por ejemplo, la perogrullesca afirmación del artículo 161, 1.º a), relativa a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley sobre su interpretación jurisprudencial (págs. 163-165). Sin embargo, no puedo compartir el juicio de los mencionados autores sobre la cláusula del artículo 53, 1.º (págs. 161-163). Su finalidad es, precisamente, reducir el «orden material de valores» (Bachoff) incorporado por la Constitución, y que será baremo de control, a los derechos y libertades, excluyendo a los Principios Rectores como resulta del juego lógico de comparar el artículo 53.1 en relación con el 161.1.a) y el artículo 53.3. Esto se escapó a los redactores materiales del último proyecto elaborado por la Comisión Mixta (*Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 170, pág. 3710) y hubo de ser corregido por vía de erratas (*ibid.*, núm. 172).

La ley es, así, el mandato abstracto de la voluntad general genéricamente dirigida a todos. Por ello, la ley así concebida es propia de una comunidad política de ciudadanos, entendiendo por ciudadano el miembro de aquella avocado a lo general, esto es, a los intereses de la ciudad. No sólo el ciudadano ideal tematizado por Rousseau, sino el ciudadano real de la democracia liberal es considerado por la Constitución y por la ley desde esta perspectiva de generalidad, y es, en cuanto ciudadano sin más, como se le atribuyen derechos y se le imponen obligaciones (31).

Para el pensamiento marxista, sin embargo, el sujeto a liberar de su alienación no es el ciudadano, sino el hombre concreto, es decir, el hombre no sólo situado, sino avocado particularmente a sus intereses sectoriales; y ello porque toda alienación se da en una objetivación concreta. Frente al hombre universal que es el ciudadano, el universal post-hegeliano se constituye como tal alienándose en la realidad y haciéndose así real, esto es, concreto. Cuando, desde Marx, se pretende superar esta alienación, es lógico que se pretenda también liberar al hombre concreto (32). Sin embargo, el derecho es una forma discontinua que no puede coincidir con la textura continua de la vida; de aquí que, por particularizada que sea la norma, siempre es más general que el caso al cual ha de ser aplicada.

Esta es la causa de que al pretender atribuir constitucionalmente derechos y obligaciones, no ya al ciudadano, sino al hombre concreto, la norma ha de detenerse en ciertas generalizaciones, mediante las cuales se trata de apuntar a determinadas situaciones, como es el caso de los jóvenes, los ancianos, los disminuidos de uno u otro tipo, los agricultores, los obreros, los niños, etc., ¡sólo universalmente enumerables!

Al constitucionalizar estas situaciones, no deja de realizarse una abstracción, en cuanto a la determinación del sujeto se refiere, tanto por referirse a una pluralidad de ellos, como por atender a la característica que les es común, relegando al olvido las restantes características posiblemente diferenciales. Por otra parte, los derechos y deberes que a estos ciudadanos considerados genéricamente en atención a una de sus características puede atribuir la Constitución, no son otros que los derechos y deberes genéricos de todo ciudadano. Así, se propone que la juventud participe libre y eficaz-

(31) Cfr. CONDE: *La solución de Rousseau al teorema del orden político por concurrencia mediante la generalización de la voluntad*, en *Escritos y fragmentos políticos*, I, Madrid, 1974, págs. 261 y sigs.; la oposición entre ambas categorías: «ciudadano» y «hombre concreto», la tomo de BURDEAU: *La Démocratie*.

(32) Verbigracia, PECES-BARBA: *Libertad, Poder, Socialismo*, Madrid, 1978, página 189. Cfr. ALONSO OLEA: *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, 1974.



mente en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48), pero es claro que ello no es más que el compromiso de hacer efectivo el derecho genérico de todos los ciudadanos (art. 9) que, por no carecer de una mención especial, deben ser excluidos de esa participación libre y eficaz. Análogamente podría concluirse respecto de la suficiencia económica de los ciudadanos que hayan alcanzado la tercera edad (art. 50), o de la protección de los artesanos (art. 130). Incluso, lo que respecto de ellos haga el Estado para hacer real su libertad e igualdad no es sino «remover los obstáculos que impiden o dificultan la plenitud de la libertad y la igualdad de los individuos» (art. 9). Más aún, cualquier discriminación en favor de estos sectores debería tacharse de inconstitucional por atentar al principio de igualdad (art. 14). Se trata, por tanto, de una generalidad también en cuanto al contenido objetivo del derecho así formulado.

Puede, por tanto, concluirse que mediante esta mención tan cara al pensamiento socialista de los grupos sociales concretos, no se innova nada en cuanto al titular del derecho ni en cuanto a su contenido, y ello se comprueba *a fortiori* atendiendo a las técnicas constitucionales utilizadas al efecto y a la escasa pretensión de validez de sus afirmaciones. Una vez más, el pretendido consenso se obtiene optando «no ya sobre las ideas y los principios, y sobre sus deducciones y consecuencias, sino exclusivamente sobre palabras» (33).

Cuál sea la utilidad de este derecho así formulado es algo que el jurista no puede dilucidar, y que sólo corresponde apreciar al político; pero, ciertamente, por su escaso valor normativo, contribuye a desvalorizar el conjunto constitucional en cuanto norma y a crear una inflación de falsas aspiraciones y perspectivas (34).

### III. LA PRETENSION CONSTITUCIONAL DE VALIDEZ

1. La clasificación ontológica de las constituciones, acuñada por Löwenstein (35) distingue tres tipos: constituciones normativas, nominales y semánticas. Es *normativa* aquella Constitución cuyas normas dominan el proceso político o, a la inversa, cuando el proceso de poder se adapta a las

(33) ROMAGNOLI: *Il sistema economico nella Costituzione*, en GALGANO (ed.): *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padua, 1977, pág. 140.

(34) Verbigracia, cfr. MAUNG MAUNG: *The Burma's Constitution*, La Haya, 1961, pág. 107.

(35) LÖWENSTEIN, *op. cit.*, págs. 216 y sigs.

normas de la Constitución y se somete a ellas; la Constitución es meramente *nominal* cuando la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, esto es, cuando la Constitución carece de realidad existencial; por último, la Constitución es *semántica* cuando sus normas se limitan, simplemente, a formalizar la existente situación de poder político, de manera que ésta sería la misma aunque la Constitución no existiera. Los tres tipos de constituciones son constituciones vigentes. Solamente la primera pretende, como es propio de la norma, alcanzar validez, esto es, determinar la realidad. Mientras que las constituciones nominales se mueven al margen de la misma, aunque intenten influirla de otra manera, las constituciones semánticas se limitan a reproducirla.

Está claro que la definición dada de la Constitución exige concebirla como normativa. Ello requiere huir de la utopía, tentación permanente de todo constituyente, al menos desde Platón, y a la cual es harto fácil sucumbir por exceso o por defecto en la apreciación del principio de la realidad.

La tendencia al nominalismo procede de aquellas posiciones políticas que atribuyen a la Constitución una función programática o pedagógica cuando no meramente catártica de las inhibiciones propias del autoritarismo del régimen anterior (36). Para semejantes posiciones, la utopía es un ingrediente fundamental de la Constitución, como pauta de orientación de un proceso dialéctico. Tal fue la tesis formal de las formaciones socialistas y, en otra versión, también del grupo comunista (PCE-PSUC) (37). Esta coincidencia no debe de extrañar dada la común raíz marxista y revolucionaria que hace concebir la obtención de cada libertad como un hito de la lucha de clases y la propia democracia constitucional como instrumento de tránsito hacia el socialismo (38). Tal es, por otra parte, la concepción de la Constitución vigente en el círculo de países socialistas e incluso en aquellos Estados occidentales donde el proceso constituyente ha sido dominado por partidos de filiación marxista, como es el caso de Portugal en 1976 (39). En

---

(36) Cfr. TAMAMES: *Un proyecto de Constitución*, Barcelona, 1977; VARIOS AUTORES: *La izquierda y la Constitución*, Madrid, 1978, y SOLÉ TURA: *Los comunistas y la Constitución*, Madrid, 1978.

(37) Cfr. *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional* (Congreso), núm. 59, de 5 de mayo de 1978, págs. 2029 y sigs. (señor Peces).

(38) Cfr. *XXVII Congreso del Partido Socialista Obrero Español* (ed. Guerra), Barcelona, 1977, págs. 115 y sigs. Véase también los discursos del señor Carrillo recogidos en el volumen *El año de la Constitución*, Madrid, 1978.

(39) Artículo 2.º: «... el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales y del pluralismo de expresión y de organizaciones políticas democráticas que tienen por objeto procurar una transición hacia el socialismo mediante la crea-

efecto, la concepción socialista de la Constitución nunca ha sido favorable a su versión normativa. En una primera fase, la norma fundamental se limitaba a reflejar las conquistas revolucionarias hacia el Estado socialista, es decir, se trataba de una Constitución puramente semántica, cuya revisión pendía, tan sólo, del cumplimiento de una nueva etapa en el proceso revolucionario (40). Sin embargo, actualmente pueden señalarse en las constituciones socialistas elementos netamente programáticos que convierten a estos textos, al menos parcialmente, en nominales, puesto que su función no es solamente reflejar y consolidar las conquistas revolucionarias, sino fijar la pauta de las nuevas fases a seguir en el proceso hacia el establecimiento del socialismo y, en último término, hacia la sociedad comunista (41). Ello explica la pretensión socialista de positivizar una serie de reivindicaciones de orden programático e ideológico, con la consiguiente inflación de la parte dogmática de la Constitución (42).

Por otro lado, la versión nominal de la Constitución también encontró apoyo en las formaciones de tradición autoritaria directamente emparentadas con la retórica fascista, para las cuales la Constitución señalaba unas *pistas* a recorrer por las fuerzas políticas. También aquí se trataba de una concepción más programática que normativa, a la que, siguiendo el precedente de las Leyes Fundamentales, no era ajena a una buena dosis de demagogia y camuflaje. Ello explica el que las disposiciones constitucionales de apariencia marxista procedieran de los diputados de extrema derecha (43).

2. La conjunción de estas fuerzas dio lugar, como antes quedó señalado, a una hipertrofia de la parte dogmática (títulos I y VII), de la que, por razones semejantes, ofrecen paralelos las Constituciones de Italia y Portugal, y poco favorable al carácter normativo de la Constitución. En efecto, como es bien sabido, la parte dogmática de las Constituciones puede conte-

ción de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras».

(40) Tal es la tesis de WYSHINSKY: *The law of the Soviet State*, Nueva York, 1948, pág. 87. Cfr. MOUSKHÉLY en *Rev. Droit Public*, 1955, págs. 804 y sigs.

(41) Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA y ROZMARYN: *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe Occidentale et dans les Etats Socialistes*, Turin-París, pág. 100. En España, cfr. el sólido trabajo de GARCÍA ALVAREZ: *Construcción del comunismo y Constitución*, León, 1978.

(42) *XXVII Congreso del Partido Socialista Obrero Español*, cit., págs. 313 y siguientes. Cfr. PECES-BARBA, *op. cit.*, pág. 208.

(43) Verbigracia, el artículo 129.2 elogiado por Carrillo como arras constitucional de la posibilidad de tránsito al socialismo (*Diario de Sesiones del Congreso*, número 103, de 4 de julio de 1978, pág. 3782) es literalmente la enmienda 35 al artículo 35 del señor Licinio de la Fuente, calurosamente defendida por Fraga en ponencia.

ner, junto con afirmaciones puramente éticas, disposiciones obligatorias o *preceptivas* que hacen surgir, de manera inmediata, derechos y deberes en aquellos a los cuales se dirigen, y que, además, frecuentemente se presentan como *accionables*, esto es, susceptibles de obtener una garantía coactiva mediante la intervención judicial, y disposiciones *directivas o programáticas*, mediante las cuales se establecen simplemente criterios inspiradores de acción, a los que debe plegarse en el futuro el legislador ordinario y, en general, los restantes poderes del Estado (44). Ahora bien, en la medida en que estas disposiciones directivas o programáticas no son directamente aplicables, sino que su efectividad pende de un desarrollo ulterior y resulta, por las razones ya expuestas, absolutamente impracticable una garantía jurídica eficaz de su cumplimiento por parte del legislador ordinario, su valor es más pedagógico, cuando no retórico, que estrictamente normativo, y sirven más para afirmar una intención a veces excesivamente teñida de afectividad que para establecer un mandato, en el sentido jurídico del término. La mixtión de disposiciones verdaderamente normativas con elementos como los descritos, de carácter puramente nominal, no conduce sino a reducir a esta última categoría la totalidad de la Constitución, que adquiere, de esta manera, el carácter más de mera declaración política que de una norma.

Por ello la hipertrofia de la parte dogmática de la Constitución española, merced al aditamento de elementos puramente nominales, amenazaba con destruir el carácter normativo del conjunto. Si éste se salvó en la medida de lo posible fue merced a la introducción de la categoría de principios rectores como distinta de la de derechos y libertades, y que permitió reducir a éstos la condición estrictamente normativa absorbiendo en aquéllos los elementos nominales.

Los principios rectores, tal como aparecen en la Constitución española de 1978 (título I, cap. 3.º), se insertan en una tradición muy defectuosamente iniciada por el texto de 1931, definitivamente acuñada en la Constitución irlandesa de 1937, y que se difundió en el Lejano y Medio Oriente a partir de la birmana de 1948 y la hindú de 1950. Se trata, en síntesis, de unos valores que deben inspirar al legislador, a la Administración, e incluso al juez, pero que no pueden ser alegados ante los Tribunales para impugnar la constitucionalidad de una norma ni para pedir la tutela de un derecho (45).

Es conocida la distinción entre los clásicos *derechos límite*, que marcan

(44) Cfr. BISCARETTI: *Introducción al Derecho constitucional comparado* (traducción española), México, 1975, pág. 322.

(45) Tal fue la interpretación no contradictoria; cfr. *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional* (Congreso), núm. 59, de 5 de mayo de 1978, pág. 2026.

un ámbito infranqueable al poder, y los nuevos *derechos crédito*, propios del constitucionalismo social, y en virtud de los cuales el Estado se reconoce deudor de una prestación destinada a garantizar al ciudadano, no ya una esfera de autonomía frente al propio poder, sino un ámbito vital efectivo. Pero lo que aquí interesa destacar es que, mientras los primeros, los derechos límite —y otro tanto ocurre con los derechos participación, o *status activae civitatis*—, pueden ser consagrados por la Constitución, con plena eficacia normativa, a través de disposiciones directamente aplicables, los derechos crédito, en cuanto dependen de la existencia de los correspondientes medios económicos y materiales de la Administración, no pueden ser eficaces en virtud de una mera declaración constitucional, sino solamente mediante el establecimiento de los correspondientes servicios y la previsión presupuestaria adecuada, y su control jurisdiccional ha de ejercerse más sobre actividad administrativa que a través de la justicia constitucional.

Por ello, los derechos crédito no tienen la misma pretensión de inmediata validez que los derechos límite, a que se reducían las declaraciones constitucionales. Esta es la razón por la cual es frecuente ya su reducción en las fórmulas constitucionales más recientes —y baste en este sentido comparar la Ley Fundamental de Bonn con la Constitución de Weimar—, bien su conversión en Principios Rectores, con el alcance programático e indicativo antes mencionado.

Tal es el sistema consagrado por el artículo 53 de la Constitución española de 1978. Mientras los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I vinculan a todos los poderes públicos y son susceptibles de fundar un recurso de inconstitucionalidad contra ley en los términos previstos por el artículo 161, los Principios Rectores sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, esto es, en la medida en que su concreción haya sido objeto de atención por el legislador ordinario.

La interpretación de los diversos apartados del artículo 53 (fruto de un difícil y no muy bien entendido consenso) no deberá dar lugar a dudas. Su apartado 1 establece la tutela de los derechos y libertades mediante el recurso de inconstitucionalidad, por remisión expresa al artículo 161, 1, a), y lo opone a los Principios Rectores que «sólo podrán ser alegados de acuerdo con la que dispongan las leyes que los desarrollen» (apartado 3). Por tanto, estas leyes no pueden, a su vez, ser tachadas de inconstitucionales por su violación de un principio rector, de cuyo desarrollo legislativo solamente

---

Creo haber sido el introductor de esta categoría en la doctrina española (*Nacionalismo y Constitucionalismo*, Madrid, 1971, pág. 410).

el propio legislador es responsable. Por su parte, una norma posterior contraria a esta ley, o bien la derogación, por ser de igual jerarquía, o bien será nula por contravenir el principio de jerarquía normativa (art. 9, 3).

Contrasta este sistema, coincidente con la tradición irlandesa e indobirmana más atrás señalada, con el control sobre la omisión recientemente establecido en la Constitución portuguesa de 1976, cuyo artículo 279 establece que «cuando la Constitución no pueda ser cumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer ejecutivas las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que éstas se dicten en tiempo razonable»; disposición tanto más grave cuanto que el artículo 50 de la misma Constitución prevé que «la apropiación colectiva de los principales medios de producción, la planificación del desenvolvimiento económico y la democratización de las instituciones, son garantías y condiciones para la efectividad de los derechos y deberes económicos, sociales y culturales». Sin embargo, incluso en este caso, puede señalarse que se trata más de un control político que de un control jurisdiccional sobre la constitucionalidad.

Efectivamente, no es un órgano jurisdiccional, sino un órgano político de carácter excepcional superpuesto a los restantes órganos de soberanía, el que puede incitar al legislativo a adoptar las medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de las normas constitucionales. Se avala así, por tanto, la tesis apoyada en una experiencia universal, según la cual solamente cabe una responsabilidad política de los poderes del Estado y no una responsabilidad jurídica, cuando del establecimiento de servicios públicos se trata, esto es, del cumplimiento de las obligaciones que al Estado imponen los derechos crédito.

Ciertamente, existe en la doctrina una poderosa tendencia a eliminar el acto previo como imprescindible supuesto del control jurisdiccional del poder y, más concretamente, de la Administración, haciendo de la inactividad administrativa objeto del recurso contencioso (46). Para ello no faltan paralelos en el Derecho comparado, como sería las acciones de imposición del derecho alemán, mediante las cuales se pretende obtener del tribunal una condena que imponga a la Administración la obligación de realizar una actividad determinada y, más aún, la llamada jurisdicción originaria del derecho suizo, que permite el acceso directo de los ciudadanos al juez, para obtener una determinada conducta administrativa (47). Sin embargo, las, por

(46) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1977, págs. 479 y sigs.

(47) Cfr. NIETO: *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 37, págs. 75 y sigs.

otra parte, muy discutibles conclusiones de esta tendencia doctrinal, no pueden extrapolarse del campo contencioso a la justicia constitucional. En este último campo, y con referencia a los derechos crédito, es donde tiene una especial relevancia la prudente distinción de Alessi (48) entre los servicios existentes y la eventual creación y mantenimiento de nuevos servicios. Mientras que, en el primer caso, que es el que claramente corresponde a la jurisdicción contenciosa, cabe el control sobre las condiciones y formas de acceso de los administrados a dicho uso y disfrute del servicio ya existente; en lo que se refiere a la creación y mantenimiento de nuevos servicios asistenciales, es principio generalmente reconocido la plena discrecionalidad de los poderes públicos y, en último término, una decisión judicial relativa al establecimiento de un servicio chocaría con las limitaciones presupuestarias, cuya eliminación no puede pender ya de ninguna sentencia, sino de la decisión política de la representación popular que aprueba el presupuesto, es decir, de una instancia política solamente responsable en términos políticos.

Por ello, los derechos crédito que en forma de principios rectores reconoce la Constitución, pueden ser alegados, una vez establecidos los correspondientes servicios, en los términos previstos en las leyes que los desarrollan, pero no puede exigirse ante la jurisdicción constitucional el establecimiento de los correspondientes servicios o impugnarse por contravenir a los mencionados principios rectores una ley por inconstitucional. Ello conduce, sin duda alguna, a concluir que los principios rectores tienen una pretensión de validez menor a la de los sectores estrictamente normativos de la Constitución, pero esta ineludible constatación, si alguna crítica puede fundar, es la de conducir a pensar en la conveniencia de aligerar el texto constitucional de una serie de afirmaciones que poco o nada de operativo le añaden y con razón, se ha hecho notar que son los países más atrasados en la vía de la democracia social, los que se recrean en este tipo de declaraciones constitucionales, sustituyendo, una vez más, la palabra a la acción (49).

3. Sin embargo, el mejor correctivo de los excesos de ambigüedad y retórica a que el consenso puede llevar, es la clara afirmación del carácter normativo de la Constitución. Esto es, su capacidad de determinar la realidad desde un cierto significado objetivo, que trate de imponer como necesarias unas determinadas relaciones; no otra cosa es la esencia de lo jurídico. Ahora bien, precisamente la búsqueda y hallazgo del sentido normativo de

(48) ALESSI: *Le prestazione amministrative rese ai privati*, Milán, 1946.

(49) *Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional (Congreso)*, núm. 59, de 5 de mayo de 1978, pág. 2026.

la ley y, por tanto, también de la ley constitucional, es lo que se llama la interpretación. Si la Constitución ha de cumplir su finalidad de regular el proceso político, ha de ser una norma, y una norma sólo se aplica como tal cuando como tal se interpreta, es decir, cuando se trata de averiguar su significado jurídico.

No es éste el momento de exponer detalladamente criterios de aplicación e interpretación de la normativa constitucional. Baste señalar la imperiosa necesidad de recurrir a criterios sistemáticos, únicos capaces de decantar más allá de la voluntad del constituyente, de que dan cuenta los trabajos preparatorios, y de cualquier correlación de fuerzas políticas y sociales, la verdadera mente de la ley. Esta interpretación sistemática ha de atender, como punto de partida, a la diferente pretensión de validez de los distintos contenidos constitucionales y distinguir, por ejemplo, lo que es un derecho fundamental o un mero principio rector; lo que es una afirmación puramente emotiva, que tiende a expresar sentimientos más que a determinar, como es propio de la norma, acciones o relaciones; lo que es la competencia fragmentaria de un órgano de la sustancial definición que de este órgano da la propia Constitución (50).

Baste, por vía de ejemplo, señalar cuáles serán los efectos de una interpretación jurídica así concebida y atenta a los criterios establecidos en el artículo 4.º del Código civil, sobre una disposición constitucional como la del artículo 28, 2, típico fruto de un compromiso apócrifo, más atrás expuesto y que adolece, en consecuencia, de notable ambigüedad. El alcance del pronombre *sus* no puede, por supuesto, dejarse al predominio de una u otra fuerza política. Si es que la Constitución ha de servir para garantizar la seguridad de las relaciones políticas y sociales, el jurista puede y debe pretender, mediante la interpretación, determinar el sentido objetivo de esta palabra en su contexto. Para ello, debe atender a la totalidad del artículo 28, que supedita el derecho de huelga a la libertad sindical, cuya institucionalización, el sindicato, es objeto de específico tratamiento en el artículo 7 de la misma norma fundamental. Este artículo 7 afecta los sindicatos de trabajadores «a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios». En consecuencia, cabe interpretar, según el artículo 28, que *sus* intereses no son los intereses generales que como ciudadanos los trabajadores pueden tener, sino los que tienen como tales trabajadores, es decir, sus intereses profesionales y laborales. Por otra parte, tal es la constante doctrina de la OIT, así como la de la Carta Social europea, según el ar-

---

(50) Cfr. mi trabajo *La aplicación normativa de la Constitución*, de próxima aparición.



título 10, 2 de la Constitución, fundamental elemento interpretativo de las normas relativas a las libertades reconocidas por la Constitución.

#### CONCLUSION

De lo dicho resulta que la Constitución no puede ser la obra de unos pocos impuesta al resto de la comunidad. No debe ser siquiera la obra de una mayoría que no comprende en su resultado, al menos virtualmente, el asentimiento de la minoría. La Constitución, pues, ha de ser de todos. En ello consiste la concordia.

La eliminación de contenidos superfluos es la mejor vía para obtener esta concordia en torno a lo que es verdadera esencia de la Constitución, el control y delimitación de los gobernantes. Para ello es conveniente la reducción de la parte dogmática que contiene el elemento más polémico de la obra constitucional, e incluso es posible su total eliminación sustituyéndola por una remisión a las normas internacionales relativas a los derechos humanos. Sin embargo, la Constitución de todos no puede ser una Constitución con la cual todos, cada uno en su momento, hagan lo que mejor les parezca. A ello conduciría una visión puramente política del texto constitucional, a la cual no son ajenas las falsas vías del consenso y la ambigüedad e incluso la equivocidad por ellas introducida.

Por el contrario, la Constitución de todos es la que vincula a todos por igual, y ello sólo es posible cuando, reafirmando el carácter normativo de la Constitución, se encomienda a los juristas la determinación de su sentido objetivo. Este no será nunca inmutable y deberá atemperarse a «la necesidad social del tiempo en que la norma haya de ser aplicada», pero no porque su determinación esté en función exclusiva del poder dominante, sino porque el valor de la justicia, como la estrella Polar para los marinos, es un elemento de orientación inmutable y nunca del todo asequible.