

UNA OBRA CLASICA DE NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL

(Comentario a la reedición del «Derecho constitucional comparado»,
de Manuel García Pelayo)

LUIS SANCHEZ AGESTA

1. Es criterio del Consejo de Redacción de esta REVISTA que la presentación de obras de autores vivos contemporáneos no sea una reseña rutinaria y no comprometida, ni un mero elogio cortés, sino un diálogo que exalte lo valioso, sin merma de ponderar las posibles discrepancias. Creemos que la redacción está cumpliendo este propósito con limpieza, como el mejor camino para destacar las obras notables que se publican en el ámbito de la ciencia política. Hoy viene a estas páginas, bajo este mismo criterio, un libro notable que se reedita o se reimprime en 1984, muchos años después de su aparición en 1950, y de una edición parcialmente revisada en 1961. No es sin duda una novedad y como tal no se presenta en la cálida y aguda introducción escrita por el profesor Manuel ARAGÓN, para explicar la circunstancia en que la obra se ha reimpresso, venciendo la renuencia de su autor, que se resistía a publicarla, sin una «puesta al día». Pero todos comprendemos que su labor al frente del Tribunal Constitucional, con el digno talante y ejemplar dedicación que ha contribuido al prestigio de esa institución, no permitía otra cosa.

Esto no es un reproche, aunque lamentemos que no se haya realizado esa puesta al día. Pero era necesario decirlo para no engañar al lector, que busque en ella el último dato sobre la evolución de las constituciones francesa o soviética, que quedan más acá de esa segunda fecha de 1961, o de la evolución del Parlamento británico o de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. No es un reproche, decimos, porque con independencia de que estos datos no tienen siempre el mismo valor, la obra del Profesor GARCÍA PELAYO es un «clásico», y como toda obra clásica, en lo que tiene de pensamiento fundamental, no necesita ser revisada. Es un gran testimonio de ese momento histórico de los años cincuenta, en que estaba en crisis la dogmática jurídica normativista y positivista, en una polémica en la que participaron de forma directa o indirecta SCHMITT y HELLER, HAURIOU y ROMANO, CARRÉ DE MALBERG y KELSEN, o incluso SMEND.

Cuanto trabajamos en Derecho constitucional comparado conocemos la servidumbre y casi la tortura que es mantener al día esa información menuda con que la inquieta actividad creadora de los políticos deforma o reforma una Constitución.

¿Habrá que decir que un comentario de la Constitución española de 1978, escrito en 1980, tendría ya muchas cosas que revisar en 1985? Por desgracia tiene una permanente actualidad aquella dura crítica de KIRCHMAN, cuando negó valor de ciencia a la jurisprudencia con la afirmación, que ha devenido tópico, de que un plumazo del legislador convierte en papel impreso inservible (*Makulatur*) toda una biblioteca.

Pero hay páginas que escapan a esta posible agresión de los legisladores, aun cuando versen sobre esa materia tan fragil, que es el Derecho positivo. Y a esta especie corresponde el noventa por ciento de las páginas de esta obra magistral de GARCÍA PELAYO, a la búsqueda de un modelo de Derecho constitucional, que comprenda el orden del Estado democrático liberal, en una versión crítica que deja entrever las líneas fundamentales de su reforma y superación.

✓ La obra es un regalo para quienes vivimos ese momento dramático de crisis y regeneración de la dogmática jurídica, sobre todo desde la perspectiva española, y contiene valiosas informaciones sobre el pensamiento constitucionalista entre las dos guerras mundiales, útiles para la nueva generación, que encontrará en la obra síntesis apretadas de esa doctrina, juicios atinados y una valoración general de pensamiento que antecedió y sucedió a la II Guerra Mundial, en los grandes planos de una teoría general y en la interpretación concreta de los órdenes constitucionales particulares, que se estudian en la segunda parte de la obra. Y véase, como ejemplo de este valor de testimonio histórico de una época, las reflexiones sobre la recepción de los nexos sociológicos en el normativismo constitucional, o la excelente síntesis en el capítulo IV (pp. 79-98) de las teorías de la época sobre la «Constitución».

2. El punto de partida de su concepto del derecho constitucional es la tensión entre Derecho y poder. El Estado supone el derecho en cuanto es organización de poder. La organización y la seguridad de una convivencia pacífica exige, a su vez, que el Estado reclame el monopolio de la violencia para asegurar la vigencia de las normas que regulan esa misma convivencia. Y la regulación de los principios, métodos y límites con que ese poder se ejerce forman el Derecho constitucional. Con sencillez y sin un empeño trascendente trata de acotar el contenido de ese Derecho constitucional, como una teoría general de los principios, conceptos e instituciones, que se encuentran en los diversos derechos positivos, o en un grupo de ellos, sin pretender que sean absolutos y universales, sino relativamente constantes. Ejemplos de un propósito semejante fueron la obra de SCHMITT o la de HAURIOU, que consideran el Derecho constitucional como un hecho histórico, pero cuyos principios se reiteran en diversos órdenes constitucionales.

Puede realmente establecerse una teoría general como diversa del estudio de un derecho nacional concreto desarrollado en un solo país? Esta es la inquietante cuestión que plantea en general el estudio del Derecho constitucional y que obliga a elevarse a un estudio más amplio de Derecho constitucional *comparado*, en que mediante la observación de las similitudes y diferencias de diversos órdenes y de las instituciones que comprenden, nos permiten aquilatar estructuras y valores comunes, como una referencia teórica más amplia, que nos faculte para entender el sentido de cada orden particular.

Por este procedimiento nos aproxima el autor, como una rica erudición sobre el concepto de Constitución, lleno de finos análisis que suponen una síntesis de gran parte

de la bibliografía germánica y latina sobre el tema, a una idea del derecho constitucional clásico, que finalmente desemboca en una teoría de la estructura del Estado democrático liberal y sus elementos permanentes como la declaración de derechos, la división de poderes y la teoría del Estado de Derecho.

3. Después de estas primeras páginas iniciales hay un capítulo II como una especie de «intermezzo», escrito quizá al margen del libro (y me parece recordar que el autor lo publicó separadamente allá por los años cuarenta), que es una de las páginas más logradas y permanentes de la obra. En este capítulo traza una tipología de los conceptos de Constitución, que como todo concepto tipo contienen «una estructura coherente y dotada de problemática peculiar», que reposa sobre cada una de las corrientes espirituales, sociales y políticas del siglo XIX.

Estos conceptos son:

a) *Un concepto racional normativo.*—La Constitución se supone que ha sido establecida con un carácter unitario, y quizá en una sola vez, para definir con un carácter sistemático la totalidad de funciones y órganos del Estado, así como el ámbito de sus competencias y sus relaciones recíprocas. No responde a decisiones pragmáticas, adoptadas ante diversos problemas, que se han presentado sucesivamente en el tiempo, sino a la creencia en la posibilidad de establecer de una vez para siempre un esquema racional de la organización del Estado. Los diversos casos concretos serán análogos y se pueden reducir a un mismo módulo de acuerdo con una idea de razón. Las instituciones desaparecen detrás del complejo de normas que las regulan; no hay otra existencia que la establecida por las normas. Por eso, otro carácter de este concepto es la despersonalización de la soberanía y la afirmación de que la Constitución es soberana y que de ella derivan todos los poderes de mando. La expresión más radical de este concepto es el pensamiento de Kelsen, para quien la soberanía es una cualidad del orden jurídico, o una propiedad, que lo define como orden supremo, cuya validez como orden fundamental no deriva de otro orden superior. Este concepto racional normativo, dice sugestivamente, «supone una especie de deificación de la Constitución, ya que por ella los reyes reinan, los Parlamentos legislan, los Gobiernos gobiernan y las leyes rigen».

Este proceso significa «una culminación del proceso de racionalización de la vida que se había iniciado en el absolutismo», como punto extremo de una línea de objetivación y despersonalización del Estado, que llega a su plenitud en cuanto la ecuación Estado = Constitución normativa, elimina todo elemento personal, histórico y socialmente particularizado. Es un concepto originario del Estado de Derecho, de carácter polémico, para el que todas las relaciones entre los individuos, y entre éstos y el poder, están determinadas por reglas jurídicas. Para el autor, desde un punto de vista crítico, éste no es un concepto neutral o despolitizado, porque ¿quién sino hombres componen las Asambleas o Parlamentos que aprueban esas normas? Ese concepto de Constitución es expresión de una situación social de la burguesía como estrato dirigente, cuya manifestación cínica fue la afirmación de los doctrinarios de una soberanía de la razón.

Pero, además, en cuanto esa Constitución debe ser expresión de la razón, sólo vale como sistema normativo aquel que coincida con la razón. El bienestar de las sociedades y la seguridad de los individuos reposan sobre principios; que son verdaderos bajo

todas las latitudes, y una Constitución, a su vez, debe ser la garantía de esos principios. En consecuencia sólo vale como Constitución aquello que realiza el programa del Estado liberal burgués, y de ahí esa doble exigencia de una garantía de los derechos individuales y una división de poderes que sirve a su efectividad, como condiciones que identifican a una Constitución. A ello se suma su expresión jurídica por escrito, pues sólo el derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre, y que sea necesario distinguir entre el poder constituyente y el poder constituido, estableciendo una distinción entre normas constitucionales y normas jurídicas ordinarias.

b) *El concepto histórico tradicional.*—Este concepto histórico según el autor surge de una manera deliberada y consciente con un sentido polémico frente al concepto anterior, como idea del conservadurismo frente al liberalismo. El revolucionario mira al futuro y cree en la posibilidad de cambiarlo; el conservador mira al pasado y lo considera como valioso e inmutable. Es la oposición entre razón e historia, o entre racionalismo e historicismo. El mundo, dice SCHLEGEL, no es un sistema, sino una historia. El mundo histórico de totalidades individuales es un devenir en constante transformación en que radica su continuidad, porque sólo podemos explicar el presente en razón de su pasado. Junto al devenir hay la permanencia de ciertos elementos originarios que se superan y cuyo despliegue en la historia superan a su vez la misma historicidad.

La Constitución en consecuencia no es un sistema de razón, sino una estructura, resultado de una transformación histórica, en que intervienen a veces motivos irracionales y fortuitos y son consecuencia de situaciones concretas. En cuanto cada pueblo es una individualidad con una historia propia, cada Constitución responde a un espíritu o carácter nacional. En esta dirección caben dos posibilidades. La de quienes consideran ese proceso histórico como un campo enteramente rebelde a la razón, en la que sin un fundamento muy claro sitúa a BURKE; y quienes creen que la razón es a su vez capaz de modelar la historia, que refiera a los doctrinarios y al propio HUMBOLT para quien la razón es capaz de plasmar la materia existente, pero no de crearla, porque tiene que arrancar de un germen material de vida contenido en el tiempo. En cambio separa con acierto a quienes reconstruyen una estructura pasada sin relación de continuidad con el presente.

Consecuencia de este concepto es que la Constitución no necesita ser escrita. Es más, la ley escrita no es muchas veces más que la expresión o la aclaración de la Constitución «verdadera». En principio es también ajena a este concepto la idea de una formalización que proteja la Constitución como una ley fundamental distinta de la ley ordinaria y cita los ejemplos de la Gran Bretaña y de Hungría, que fue en su momento (anterior a la II Guerra Mundial), otro ejemplo de Constitución de base historicista. Tampoco se produce en este caso una despersonalización de la soberanía. El Rey o el Parlamento encarnan la soberanía.

c) *El concepto sociológico de Constitución.*—Es una consecuencia del sociologismo en el campo constitucional, que relativiza la Política, el Derecho y la Cultura a situaciones dadas. Es una forma de ser y no de deber ser. Y cuando se identifica con situaciones sociales y económicas es la inmanencia de una estructura social que pone el acento, no sobre la validez (concepción normativa), ni sobre la legitimidad

(concepción histórica), sino sobre la *vigencia*. En esta línea recuerda a SISMONDI, y a LASALLE; y acertadamente, ciertos pasajes de BALMES, y muy curiosos de LORENZO VON STEIN, siempre que se acepten, más como una referencia de sentido, que como una encarnación plena de este concepto sociológico. LORENZO VON STEIN trata de superar los antagonismos de la sociedad de su tiempo, distinguiendo el Estado como la organización de la pluralidad de las voluntades individuales, que se convierte en personalidad unitaria y es portador de un interés general, dominado por las ideas de libertad e igualdad; y la sociedad como unidad orgánica, dominada por la distribución de la riqueza, que se despliega en grupos particulares con intereses antagonicos, que se caracterizan por relaciones de desigualdad, en cuanto está dividida en clases, castas o estamentos. La Constitución es la forma en que la pluralidad de la voluntad del pueblo se configura en voluntad unitaria del Estado, y el proceso dinámico que caracteriza a lo social hace que se produzcan situaciones en que la misma sociedad produce normas jurídicas al margen de las estatales. Es pues engañoso suponer que las mismas Constituciones modernas revolucionarias han sido originadas por ideas filosóficas, cuando lo cierto es que son producidas de modo inmanente por la sociedad misma. Por último no es necesario recordar la fuerza con que se agrupa en este concepto la definición de LASALLE de la Constitución, como aquello que es expresión de algo real y no puede ser de otra manera, «la suma de factores reales de poder que rigen a un país»; doctrina que ha imperado en la doctrina soviética, hasta que los comentaristas del último texto constitucional de 1977 han descubierto que una Constitución dentro del propio marxismo puede tener un carácter normativo de las mismas estructuras en que se funda. El poder organizado, en virtud de su disciplina, puede imponer su preponderancia. Como es lógico, en este concepto de Constitución no cabe hablar de soberanía abstracta y despersonalizada, sino de poderes concretos. Este es el sentido de los Senados constituidos sobre poderes sociales, incluso del sufragio censitario, o del concedido sola a una clase en las primeras Constituciones soviéticas.

La riqueza de estos tipos no se funda sólo en su utilidad para identificar y comprender las onstituciones que representan o se aproximan a uno de ellos, como la Constitución británica al tipo histórico; las Constituciones francesas o la italiana al tipo normativo, o las Constituciones soviéticas al tipo sociológico. Tenemos la conciencia de que estos tipos han dejado rasgos de su estructura en todas las Constituciones con una vigencia efectiva. En la realidad de toda Constitución hay elementos que responden a la historia de un pueblo, otros que acusan la presencia de factores reales de poder, y otros, que significan un contenido normativo que trata de conformar una realidad con sus preceptos.

Esta es la razón, que probablemente no rechazará el autor, por la que destacamos este capítulo como un contenido clásico al margen de la historicidad intrínseca al Derecho constitucional. Incluso esa crisis o mutación del derecho normativo positivista puede interpretarse por el juego de estos tipos. Y nos parece adivinar que este juego de una concepción normativa y una concepción sociológica debe pesar en la obra del autor, que se anuncia en la Introducción, sobre la democracia y el Estado de partidos. Creemos que el Derecho constitucional se enriquece con esta triple consideración de lo que hay en toda Constitución de legado histórico de un pasado (piénsese en el papel que juega en nuestra Constitución actual el principio de soberanía nacional); el

reconocimiento de poderes y situaciones de hecho (los partidos y los grupos de intereses económicos, o la mención de la Iglesia Católica en el art. 16.3), y contenidos específicamente normativos (el art. 9.º y la regulación de los derechos, etc.). Ese análisis del concepto de Constitución desbordó el marco concreto de los contenidos sobre los que se proyecta y ésta es una de las virtualidades de un pensamiento clásico. No hemos recogido esa calificación como una cortesía o una deferencia amistosa, sino con plena conciencia de su trascendencia.

Son estas páginas de antología las que han hecho que esta distinción de tipos del concepto de Constitución se acepte como un contenido tópico del Derecho constitucional a una y otra orilla del Atlántico y que hoy encontramos citadas o resumidas con amplitud, por ejemplo, en la obra del maestro argentino, hoy dolorosamente desaparecido, César Enrique ROMERO (*Introducción al Derecho Constitucional*, 2.ª ed., 1976, pp. 67-69), y en España, en la obra del joven maestro, Manuel JIMÉNEZ DE PARGA (*Los regímenes políticos contemporáneos*, 6.ª ed., Madrid, 1983, pp. 22-23), o incluso en manuales sin referencias de fuentes*. Y dicho esto sólo queda por advertir que en esos tipos del concepto de Constitución, sólo queda como una pieza suelta un tipo que el autor conoce muy bien, y del que hace en varios pasajes sugestivas consideraciones (pp. 70 y 111, entre otras), la Constitución como decisión fundamental de la forma y especie de la comunidad política, de Carlos SCHMITT. La decisión quizá se puede entender como la creación de una norma imperativa que establece una regla general, pero también puede ser la decisión del juez, que resuelve, sobre principios sobreentendidos en casos precedentes, una situación concreta. Y valga esta observación como ejemplo de la fecunda matriz de reflexiones que entraña este planteamiento.

4. El paso siguiente es describir la estructura constitucional del Estado democrático liberal —en un período de crisis o transformación—, como tipo general de cuatro de los Estados que están considerados en la parte especial de la obra (Reino Unido de la Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica, Suiza y Francia). Para ello se apoya en la finalidad axiológica, que comprende dos valores fundamentales, la libertad y la igualdad, que condicionan el «cómo» se ejerce el poder y el «quién» lo ejerce. Estos dos valores son susceptibles de una pluralidad de significaciones:

La libertad hay que referirla a un *sujeto*, que en el liberalismo en que esos Estados se desenvuelven en nuestros días, es el individuo, por oposición a las libertades medievales que tenían como sujetos entidades corporativas, individuo que se ha de considerar en su heterogeneidad y desigualdad; pero que trata de comprenderse como sujeto genérico con una igualdad y homogeneidad sustancial, definiendo una especie de «humanidad» en que funda el valor y dignidad de la persona humana.

Ese sujeto tiene unos *objetivos vitales*, que, en cuanto los referimos a una serie de individuos, integran como conjunto el grupo social designado como burguesía. Y el concepto de libertad ha de comprenderse frente a unos *obstáculos* para el cumplimiento de esos objetivos, que pueden tener un carácter social, o ser de naturaleza económica

* Como ejemplo, Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 1975, pp. 29-30; o Humberto QUIROGA, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho, s/f, Buenos Aires, pp. 23-29, que une a los tres tipos de GARCÍA PELAYO (a quien cita en la bibliografía general) los tipos decisionista y dialéctico.

También en Méjico, al estudiar la relación entre revolución y Constitución los recoge Jorge CARPISO, *Estudios Constitucionales*, UNAM, México, 1980, pp. 49-51.

(por ejemplo, el desarrollo monopolístico), o ser puramente políticas, por el Derecho o el régimen político vigente.

La igualdad está sujeta a esta misma relatividad: Es igualdad respecto a algo (la educación, las oportunidades económicas, etc.); ésta es función de las desigualdades o privilegios que la obstaculizan y no se refiere a las desigualdades naturales, físicas o espirituales, sino a las que tienen su origen en la estructura política o social. En consecuencia considera la libertad, en los términos que hemos visto, y la igualdad, en la realidad histórica del Estado democrático liberal.

Esta forma de Estado trata de conseguir esta libertad genérica del individualismo abstracto mediante tres vías: al reconocimiento de derechos individuales, como esfera de libertad personal; una organización específica del poder (división), y la sumisión de la actividad del Estado a normas que eliminen todo arbitrio que ponga en peligro la seguridad de los individuos y sea contraria a su dignidad y su igualdad sustancial.

Al examinar los derechos y sus formulaciones históricas concretas hace hincapié en su oposición a las libertades medievales, en cuanto al Estado liberal va a suponer una destrucción de los supuestos sociales de las relaciones corporativas, con una nueva concepción, que parte de la antinomia entre Estado y Sociedad, con una separación de la vida pública y la vida privada, enriqueciendo la vida que se desenvuelve al margen de la intervención estatal. La sociedad tiene sus propias relaciones estructurales y su propia jerarquía de poderes, que tratan de asegurar la libertad y la seguridad frente al poder del Estado, con una lucha sorda que se expresa en la concepción del estado de naturaleza y la doctrina de los derechos naturales. La sociedad en su orden natural tiene sus propias normas, que son el mejor de todos los órdenes posibles, fundado en la reciprocidad, la igualdad y la libertad, mientras que el orden del Estado se caracteriza por la dominación y la subordinación. Y esa teoría del «estado de naturaleza» lleva en su seno la afirmación de unos derechos «naturales». Hay derechos que descubre la razón, que tienen una validez anterior al Estado, cuya legitimidad originaria, legítima al mismo Estado que los garantiza. En LOCKE esta doctrina alcanza su más brillante exposición al considerar que el Estado se constituye para salvaguardar esos derechos naturales, innatos e inviolables. El autor advierte, que aunque los autores de las primeras declaraciones del derecho los consideraron una pura emanación de la razón, tienen un carácter histórico y responden «al despliegue vital de la burguesía».

El Estado liberal trató de crear garantías específicas de los derechos, pero unió a estas garantías individualizadas una estructura de la Constitución conforme a un esquema racional, la división de poderes, formulada por MONTESQUIEU, que pasa a ser la parte orgánica de las Constituciones liberales.

5. Quizá no hemos subrayado debidamente que este análisis está engarzado en una pauta de crisis del régimen democrático liberal que supone al mismo tiempo una crisis científica del positivismo. Esta crisis científica es fundamentalmente, en las fechas en que la obra tuvo su primera redacción, crisis de la dogmática jurídica normativista en el formalismo de Kelsen. Es un dato que hay que tener en cuenta para valorar su exposición negativa y pesimista de la idea de un «Estado de Derecho», como última pieza de la estructura del Estado democrático liberal. El autor, que presta fundamentalmente atención a la concepción germánica (con preferencia al concepto británico del

rule of law) advierte que el Estado de Derecho en KANT, FICHTE y HUMBOLT, como en MOHL y GNEIS, era un concepto polémico frente al Estado autoritario, intervencionista y burocrático del absolutismo, con los principios a priori de la libertad del hombre, la igualdad del súbdito y la autonomía del ciudadano. El Estado debe limitarse a garantizar la seguridad de la libertad concedida por la ley, para cuyo fin los órganos del Estado han de actuar con arreglo a normas jurídicas, que fijen el círculo de sus competencias. El positivismo va a desustanciar estos conceptos haciéndoles perder sus contenidos ontológicos y axiológicos. Ya en LABAND se define como una característica en virtud de la cual el poder del Estado no puede mandar ni prohibir más que en virtud de un precepto legal. El Estado, que es omnipotente se autolimita. «Lo que trataba de defender la nueva versión del Estado de Derecho, no era tanto unos derechos políticos a los que considera tan definitivamente asentados que lo convierte en puros derechos legales, como unos derechos privados «los derechos adquiridos» y para ello trata de reducir al mínimo la discreción administrativa» (p. 160). Finalmente, Kelsen desnaturaliza el concepto al identificar Estado y Derecho y resultar el concepto de «Estado de Derecho» aplicable a toda organización estatal, aunque sea la negación misma del régimen liberal. En esta crisis cree que sólo puede salvarse como Estado de Derecho la concepción de un Derecho judicial, tal como existe en los Estados Unidos.

Esta actitud crítica frente a Kelsen le permite enfrentarse al difundido concepto kelseniano de la democracia como un relativismo axiológico. Más exactamente aborda el criterio definidor de la democracia poniendo el acento, dentro del cuadro de valores de los que ha partido (libertad e igualdad) en la idea de igualdad, como una respuesta a «quién» ejerce el poder, así como el liberalismo responde a la cuestión de «cómo» se ejerce. La mayor originalidad del desarrollo del autor consiste en relacionar la idea de democracia con las ideas del «pueblo» y la «nación» como nuevos sujetos de la soberanía. La democracia tiene como supuesto la actuación de una conciencia homogénea entre los individuos, entre los que ha sido atomizado el antiguo pluralismo social y el problema es que voluntad debe valer como voluntad de esa totalidad, a la que llamamos pueblo o nación; y no se le escapa advertir que en esta búsqueda de un sujeto de esa voluntad, ROUSSEAU llega a desembocar en una especie de totalitarismo, en que el individuo queda disuelto en la comunidad, ya que no se reserva al individuo ningún derecho frente al voluntarismo democrático. El problema deriva en una presunta antítesis entre el pensamiento liberal y democrático, que va a reflejarse en toda la historia de las Constituciones del siglo XIX.

La idea de representación es el complemento de ese derecho igual a la participación en la formación de las leyes. Para aclarar el concepto glosa el pensamiento de LEIBHOLZ, que considera la representación como un medio de hacer visible y actualizar a un ser invisible, aunque más adelante refiere el concepto de representación democrática a la nación, como proceso de homogeneización de los ciudadanos, que en cuanto *elige* a sus representantes, los legitima. La nación es la reunión de los ciudadanos en lo que tienen de común, dice apoyándose en CARRÉ DE MALBERG, y de ahí, ese proceso totalizador que refiere la representación a la nación entera y no a las partes (distritos) en que los representantes pueden haber sido elegidos. Otra característica de este sistema representativo democrático es su individualismo, derivado de ese concepto de nación, que se funda en lo que los individuos tienen de homogéneo.

6. En varias ocasiones hemos aludido a la perspectiva de una crisis, sobre la que parece discurrir este pensamiento. ¿Cuál es el sentido de esta crisis? El Derecho constitucional clásico —dice en un pasaje característico— estaba centrado en torno a lo normativo y, en concreto a una peculiar especie de normatividad, la normatividad legal. Características de la ley eran su generalidad y racionalidad, que elude el caso concreto, y vale para un número indefinido de actos y hechos. Lo vital como fenómeno singular está reducido a un módulo general. La ley es un imperativo incondicionado, que vincula sin excepción, mediante un orden impersonal y neutral, como expresión en el campo jurídico de una actitud mental dominante en el siglo XIX. Hay una *razón* general y una *naturaleza humana* general por encima de las individualidades históricas, sociológicas y antropológicas. El Derecho se agota en la ley sin que haya lugar para el derecho consuetudinario, ni para un derecho de situación, ni para un derecho de creación judicial. La noción de legalidad jurídica está inserta en una noción general de la legalidad.

La crisis de este concepto arranca de la conciencia de la separación entre el mundo natural y el mundo histórico y la vida humana, como vida objetivada en los sistemas de cultura. A ello se suma el historicismo, el sociologismo, el vitalismo y el existencialismo. Se produce así una repulsa de las generalizaciones y a los conceptos generales, suceden los «tipos». No hay módulos comunes; lo sustantivo son seres singulares individuales o colectivos. No hay propiamente una naturaleza humana, y, recordando a ORTEGA, afirma que la vida humana no es una entidad que cambie accidentalmente, sino que al revés, en ella la sustancia es precisamente cambio. El problema será hallar una normatividad sobre supuestos distintos de la concepción legalista. Para el existencialismo el hombre no está hecho, sino en un hacerse constante. Es un ser que se efectúa en constantes decisiones ante el futuro. Es el resultado de sucesivas y constantes situaciones y de decisiones ante estas situaciones. La excepción no es así lo anómalo, sino algo esencialmente unido a toda existencia. Precinde en este concepto de la existencia, en JASPER Y BARTH, de sus consecuencias en lo moral, para atender a sus consecuencias jurídico políticas en el decisionismo de SCHMITT, y ve su reflejo en un informe del Parlamento británico que reclama flexibilidad para el Derecho y la exigencia de delegaciones, para dar una respuesta inmediata a nuevas situaciones, que exigen decisiones variables según las circunstancias. Cree que en esta concepción para quien la realidad no puede ser creada por la ley, hay que catalogar las concepciones institucionales de ROMANO, el sociologismo de EHRLICH, el orden concreto de SCHMITT y hasta el pluralismo de GIERKE. Tal es la crisis de ese concepto racional normativo, que tiene sus reflejos en el Derecho positivo, con las decisiones administrativas que sustraen el haz de derechos de una institución establecida en la ley, con la intervención del Estado en la vida económica y más ampliamente con la crisis de la Constitución, como principio de legitimación de la acción política y estatal, y su conversión en instrumento de valores e intereses representados por un partido. Manifestaciones de esta crisis son la función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, las mutaciones en la estructura federal, la función constitucional de los partidos políticos y el crecimiento del poder ejecutivo sobre el legislativo, a la que podríamos aducir la equiparación del reglamento con la ley.

Varios testimonios de estos hechos en el Derecho positivo pueden encontrarse en el Derecho constitucional de los países que encajan en el «tipo» de Estado democrático

liberal. Por ejemplo, sin ningún ánimo de «alguacilar al alguacil», en lo que llama función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Aquí la ley es revisada desde un juicio interpretativo de la Constitución, que tiene en cuenta el tiempo en que se aprobó la Constitución y las nuevas circunstancias en que ha de aplicarse, la «racionalidad» de una interpretación, la oportunidad, la prudencia y la investigación de los verdaderos motivos de una decisión. La intervención de los motivos —dice— significa que el Tribunal puede declarar una ley inconstitucional cuando su finalidad es, aun dentro de las funciones del órgano que la establece, aparente, y en realidad lo que regula es algo para lo que tal órgano no está autorizado. Este análisis de los criterios está fundado en los razonamientos de las propias sentencias (pp. 424-430). He aquí casos patentes del quebrantamiento de la generalidad de la ley, en razón de las circunstancias de la situación en que se decide. Si no tuviera el tope de la fecha de edición, podría haber citado otras muchas sentencias, fundadas en la interpretación del procedimiento, sobre la cláusula del «debido procedimiento jurídico».

Tales son algunas de las infinitas consideraciones que permite esta obra «clásica» de Derecho constitucional de los años cincuenta, que hacen, que en nuestros días, su lectura sea siempre estimulante. Hay en ella muchos temas que estimulan nuestro pensamiento: la crisis de esa concepción normativa (que exigiría hoy tantas reflexiones sobre los excesos de su ponderación y de la reacción frente a ella); la presencia de una justicia constitucional en tantos países europeos y la medida de su acción política; la invasión por la Administración a través del Decreto-ley y el Reglamento del mismo Derecho constitucional, y desde luego de la ley; los distintos valores de la Constitución según el concepto en que se apoye; la presencia de los partidos y su deformación del principio de división de poderes; la vacilante independencia de la justicia, y tantas otras cuestiones vinculadas a la existencia de un Estado democrático liberal, que sigue siendo el fundamento implícito de órdenes, que fundados en la dignidad humana, se resisten a archivar un concepto general de la naturaleza humana como fundamento de los derechos del hombre.