

## ¿UNA CONSTITUCIÓN "PERSONALISTA"?

POR

ESTANISLAO CANTERO (\*)

El título propuesto exigiría, quizás, un análisis del término personalista, remontándonos a Maritain y a Mounier, lo cual nos llevaría demasiado lejos y consumiría el tiempo de mi intervención para analizar nuestra Constitución, que es el objeto principal de este curso. Por ello, voy a presuponer que con dicho título se plantea el interrogante de si nuestra constitución es, sobre todo, finalísticamente protectora de la persona, de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, términos todos ellos implícitos en una concepción personalista y a los que se alude en el texto constitucional. El resultado del análisis, como después se verá, nos mostrará que es indiferente que la Constitución sea o no personalista en el sentido técnico filosófico.

Ante todo quiero indicar que mi intervención será crítica, como creo que exige una análisis retrospectivo sobre los casi veinte años de vigencia constitucional, por lo que no insistiré en sus luces, sino que me referiré a algunas de sus sombras.

Es lugar común considerar a nuestra Constitución como ejemplo de carta magna, como Constitución de todos y para todos y como norma moderna y adecuada a su tiempo, fruto del consenso general en su elaboración, como podemos leer en el didáctico y divulgativo libro de García Morriño (1).

---

(\*) Conferencia desarrollada el día 6 de julio de 1998 en el curso de verano de la Universidad Euroamericana "Marqués de Santillana", sobre el tema *La Constitución Española de 1978, veinte años después* (Guadalajara, 6 al 10 de julio), dirigido por Consuelo Martínez-Sicluna.

(1) JOAQUÍN GARCÍA MORRIÑO, *La democracia en España*, Alianza, Madrid, 1996, págs. 29-30.

Al mismo tiempo, también es común considerar como uno de los principios constitucionales "el reconocimiento de la persona, como un fin en si misma, de eminente dignidad, que no puede ser desconsiderada o cosificada", que el fin último de la sociedad y del ordenamiento jurídico que la organiza es "el desarrollo integral de la dignidad de todas las personas", ya que "el credo común democrático" "tiene un objetivo último que es favorecer la dignidad de la persona", como escribe uno de los padres constitucionales, Gregorio Peces-Barba (2).

Y, sin embargo, ¿es esto realmente así? Aparentemente no cabe duda. Así, por ejemplo, el artículo 1.1 de la Constitución establece los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político), el 10.1 la dignidad de la persona y los derechos fundamentales como fundamento del orden político y la paz social, todo ello garantizado, ya sea por el valor normativo propio de la Constitución, que en el artículo 9.1 vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución, y en el 53.1 a éstos últimos, ya sea por la obligación normativa de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas del artículo 53.1, ya sea por la tutela judicial inmediata del artículo 53.2 respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas consignadas en los artículos 14 a 29, ya sea por los recursos de inconstitucionalidad y de amparo establecidos en el artículo 161.1, apartados *a)* y *b)*.

El análisis empírico de los hechos, ha demostrado, sin embargo, que la realidad es distinta de ese marco teórico a primera vista impecable. Constituye lo que podríamos llamar paradojas constitucionales que entrañan auténticas contradicciones (3).

Así, en primer lugar, la paradoja que destaca inicialmente por encima de cualquier otra es la de la ambigüedad, característica tan celebrada y alabada por casi toda la doctrina —porque de ese modo

(2) GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La democracia en España. Experiencias y reflexiones*, Temas de hoy, Madrid, 1996, págs. 69, 101 y 309, 202, respectivamente.

(3) Me he referido más ampliamente a esta cuestión en, "La quiebra de la tradición jurídica española", en VV.AA., *El Estado de Derecho en la España de hoy*, Editorial Actas, Madrid, 1996 (págs. 387-454), págs. 411-425.

"todos podrán utilizarla sin violencia" (4)—, pero cuyo efecto jurídico principal es la indeterminación de cuestiones esenciales que lesionan o imposibilitan la seguridad jurídica y convierten en retórica la apelación a la justicia consignada en el artículo 1.1 como "valor superior", las referencias al contenido material del artículo 10.1 "de la dignidad de la persona" o "los derechos inviolables que le son inherentes". Así, resulta imposible lograr uno de los principales objetos de toda Constitución, que es establecer límites al poder, a la acción de gobierno. Cuanto mayor sea la indefinición jurídica de conceptos y cuestiones, mayor es la libertad de acción del poder y, por tanto, menores las garantías de los gobernados. García de Enterría ha indicado que: "el propio contenido material de la Constitución viene a parar en la definición de un marco puramente abstracto, en cuyo seno han de poder existir, simultánea o sucesivamente, políticas completamente diferentes. Con la misma Constitución, pues son posibles, Leyes de contenido muy diverso y hasta antagónico, según el partido en el poder, y esto no es accidental, sino justamente, uno de los fines primarios de la propia construcción constitucional" (5).

Otra de las paradojas constitucionales consiste en su inmanencia. El rechazo a toda trascendencia divina —reconocimiento de Dios como autor de la creación y fundamento inspirador del derecho— o natural —la naturaleza de las cosas, el orden natural, el derecho natural— supone que toda será bueno o malo porque la Constitución lo ha decidido. Todo el derecho está en la Constitución y en ella misma tiene su término. Así se identifica el derecho y el Estado. Sólo es derecho lo que el Estado —las Cortes— legisla, y todo lo que Estado legisla es derecho. Con ello desaparece la distinción entre leyes justas e injustas. Se establece una norma autojustificante en un Estado autojustificado. Con ello,

(4) SANTIAGO SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Derechos y deberes fundamentales. Comentario introductorio al título primero", en VV.AA., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, EDESA, Madrid, 1984 (págs. 17-44), pág. 22.

(5) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 116.

desterrada la trascendencia, se instaura la divinización de la Constitución.

En nuestra Constitución, por vez primera en nuestra historia constitucional, se define en su preámbulo a la ley "como expresión de la voluntad popular". Es decir, cualquier cosa que la voluntad decida será ley, siempre que ésta se formule de acuerdo con el procedimiento establecido. Así, de la más clara y precisa definición de la ley como "ordenación de la razón al bien común, promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad" (6), desaparece toda exigencia de ordenación de la razón —es decir, de razonabilidad en relación a una realidad histórica y natural presupuesta (7)— y de exigencia teleológica de bien común. Se produce, así, la paradoja de que el voluntarismo de la ley puede significar la pérdida de la libertad. Ya Rousseau, padre de la soberanía popular, había observado que la "alienación total" a la voluntad general, no significaba cosa distinta que "obligar" al ciudadano a ser libre (8), y Kelsen, comentando al padre de la democracia moderna (9) señalaba que "la democracia —siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él— es compatible aún con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e incluso con el total aniquilamiento de la libertad individual" (10).

El artículo 1.2 del texto constitucional consagra la soberanía popular al indicar que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". La paradoja aquí existente consiste en que el pueblo soberano, como tantas

(6) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, 1.<sup>a</sup>-2.<sup>a</sup>, q. 90, a. 4. rep., BAC, Madrid, 1956, t. VI, pág. 42.

(7) Por eso, la ley no se identifica con el derecho, sino sólo parcialmente, al ser "cierta razón del derecho", cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, 2.<sup>a</sup>-2.<sup>a</sup>, q. 57, a. 1, ad. 2, BAC, Madrid, 1956, t. VIII, pág. 233.

(8) JEAN JACQUES ROUSSEAU, *El contrato social*, Edaf, Madrid, 1978, I, 7, pág. 43.

(9) Sobre la diferencia entre la democracia moderna y la antigua, E. CANTERO, "Evolución del concepto de democracia", en AA.VV., *¿Crisis en la democracia?*, Speiro, Madrid, 1984, págs. 5-35.

(10) HANS KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1934, pág. 24.

veces se ha indicado (11), se sustituye por el establecimiento de oligarquías. En efecto, la representación del pueblo corresponde en exclusiva a las Cortes (art. 66.1), que constituyen la cúspide de la participación política, de la que son instrumento fundamental los partidos políticos —según establece el art. 6—, y a las que les está vedado el mandato imperativo (art. 67.2) y entre cuyas funciones se encuentran el ejercicio de la potestad legislativa y el control de la acción del gobierno (art. 66.2). Pero el Gobierno depende del Congreso de los diputados (art. 99.3), el cual se compone de diputados elegidos por sufragio universal (art. 68.1) de entre las listas de candidatos presentadas por los partidos. Como la práctica ha demostrado, la disciplina de éstos hace que el pueblo —teóricamente soberano cada cuatro años en la ínfima potestad personal en que cuenta un voto— sea sustituido por la directiva del partido político —o en su caso por las directivas de los partidos— con suficiente mayoría parlamentaria. Así, se cierra el círculo, y tanto el Legislativo —al que sólo llegarán quienes decidan las directivas de los partidos mediante su inclusión escalonada en las listas electorales— como el Ejecutivo —cuyo nombramiento pende del Legislativo a través de la elección de su Presidente—, podrían identificarse con la directiva de un partido si alcanza la mayoría suficiente. Y una vez elegido, al no haber mandato imperativo, podrán hacer lo que estimen oportuno, dando al traste con las expectativas —es decir, con la teórica voluntad de los electores, con la declarada soberanía del pueblo—, como tantas promesas fallidas han demostrado. A lo que ha de añadirse que, en cualquier caso, de esa forma, la separación y distinción de poderes resulta sólo nominal.

Si nos fijamos en el Estado de Derecho, la paradoja que aquí se produce es la de la insumisión del Estado y del poder político respecto al derecho. Lo que no puede extrañar, pues es resultado de identificar al Estado con el derecho. Identificación que se produce, de un lado, por la identificación de la ley con el derecho y, de otro, por ser el Estado el único artífice de la ley. Pero

(11) Por ejemplo, GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA, *La partitocracia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

la paradoja mayor es la de la posibilidad de la insumisión del poder a la Constitución y ello dentro de la misma legalidad —formal— constitucional, siempre y cuando se produzcan determinadas circunstancias.

Así, ya vimos que al ser posible que se confundan o identifiquen Legislativo y Ejecutivo, el control de éste por aquél sería sólo nominal, pero no real (12). Queda el control de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Constitucional. Prescindiendo de las limitaciones establecidas en el artículo 162.1 a) respecto a la legitimación para interponerlo —el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas—, lo verdaderamente decisivo es la composición del órgano competente para resolver esos recursos. Y está claro que se trata de un órgano “político” en cuanto a su nombramiento, y, por tanto, en su composición. De los doce miembros que lo componen, su nombramiento corresponde en número de cuatro al Congreso y de otros cuatro al Senado, por mayoría, en ambos casos, de tres quintos, dos al Gobierno y otros dos al Consejo General del Poder Judicial (art. 159). Y este órgano de gobierno de la Magistratura, también es “político” en su nombramiento, al ser elegidos sus veinte Vocales por las Cámaras, diez por cada una de ellas, por mayoría de tres quintos y su Presidente por aquéllos (arts. 112 y 113 de su Ley reguladora). Como ha indicado Vallet de Goytisolo, “del mismo poder infractor deben surgir los posibles impugnantes y aquél designara a la mayoría de sus juzgadores” (13).

Cuando se verifique una identidad —que no es imposible— entre Legislativo, Ejecutivo y Tribunal Constitucional, estaríamos ante un único poder. De ese modo se produciría que normas inconstitucionales fueran declaradas constitucionales, si bien sólo lo serían de modo formal y no material. Con ello se produciría la

(12) Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, “Voluntad popular, voluntad parlamentaria y confusión de poderes”, en *Verbo* (Madrid), núm. 315-316, mayo-junio 1993, págs. 485-488.

(13) J. VALLET DE GOYTISOLO, *Más sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1979, pág. 227.

insumisión a la Constitución, a su denominado contenido material, produciéndose un secuestro de la Constitución por el poder, al hacerse éste su único intérprete. Piénsese, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el aborto, la expropiación de RUMASA, o el nombramiento de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Naturalmente que esta exposición de la Constitución no es la habitual en la doctrina. A ella se pueden oponer y de hecho se oponen múltiples objeciones que desvirtuarían la posibilidad de la existencia de esas paradojas. Lo que se argumenta especialmente desde perspectivas positivistas, pero, también, desde algunas posturas iusnaturalistas, en contradicción con la esencia de un auténtico iusnaturalismo que se asienta en la existencia de algunas realidades incontrovertibles y de algunas verdades inconcusas.

Así, la garantía de los derechos fundamentales, la protección de la dignidad de la persona y la interdicción de la arbitrariedad, se han fundamentado desde diversos aspectos separada o conjuntamente. Los principales argumentos son los de la legalidad democrática, el consentimiento del pueblo en las decisiones, el respeto de las minorías, los derechos fundamentales, los valores superiores, la apertura de la Constitución a la justicia, los principios generales constitucionalizados y la existencia de determinadas instituciones (14).

En cuanto a la legalidad democrática, la cuestión consiste en si la democracia, por sí misma, garantiza los derechos y las libertades de la persona. Ahora bien, la soberanía popular no hace otra cosa que atribuir la soberanía al pueblo, pero nada dice ni asegura, por ese hecho respecto a su ejercicio. La carencia de una fundamentación iusnaturalista o axiológica permite que ese poder sea absoluto, que sea pura fuerza ajena al derecho. Así se contiene en Rousseau (15) y lo vislumbró Tocqueville (16). Las

(14) Cfr. más ampliamente en mi *La quiebra de...*, págs. 425-446.

(15) J. J. ROUSSEAU, *El contrato social*, II, 3, 4; IV, I, ed. cit., págs. 56, 58, 159, 162, 163.

(16) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 2, 4, 6 y *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1, 2, ambos en la edición de Robbert Laffont (col. Bouquins), París, 1986, págs. 647-648 y 957-958.

declaraciones de autolimitación, incluso cuando son sinceras, no son más que buenos deseos, pues para ser efectivas deberían encontrar sus límites fuera de sí. La ausencia de un fundamento trascendente en la Constitución, impide que la consideración de los valores comunitarios, sólo sociológicamente estimados, puedan constituir una verdadera limitación a la voluntad. Para ello sería necesario excluir determinados ámbitos o parcelas del ordenamiento jurídico al poder, incluso al poder de las mayorías, lo que la Constitución no establece ni permite.

La legalización democrática, aún en la hipótesis de que contara con un consentimiento pleno del pueblo en las decisiones, tampoco es suficiente. En efecto, no basta consentir para que el objeto a que se refiere el consentimiento sea justo o no sea arbitrario o injusto. ¿Se podría consentir en ser esclavo? ¿En someterse voluntariamente a un tirano? Y si se argumenta que los ejemplos son absurdos porque nadie quiere el mal para sí mismo —a lo que habría que responder que, ¿cómo se define eso como mal sin un absoluto moral heterónomo a nosotros mismos? (17)—, ¿habría que consentir en el mal para otros? La legalidad democrática y el consentimiento sólo aseguran una voluntad mayoritaria, lo que sólo es un hecho; pero las mayorías, incluso hasta la unanimidad, por ese motivo, no tienen razón, sino sólo poder, es decir, pura y mera fuerza.

Se argumenta que esa posibilidad desaparece mediante el principio del respeto de las minorías, que ha de conciliarse con las decisiones de la voluntad mayoritaria. En nuestra Constitución es muy dudoso que se acoja ese derecho o ese principio. El “derecho a la diversidad o a la diferencia” sólo puede tener encaje a través de un reconocimiento singular y expreso, pues de otro modo quiebra el principio del carácter general de obligatoriedad de la norma jurídica. Habría que establecer todo tipo de leyes especiales para cada cuestión que se legisle. Esto se aprecia con claridad en el llamado derecho a la objeción de conciencia, que sería inútil consignarlo si se hiciera plenamente realidad el dere-

(17) Cfr. E. CANTERO, “¿Nueva moral o moral de siempre? (A propósito de la encíclica *Veritatis splendor* de Juan Pablo II y de la obra de DARIO COMPOSTA *La nuova morale e i suoi problemi*), en *Verbo*, núm. 335-336, mayo-junio-julio de 1995, págs. 519-544.

cho a la libertad de conciencia o a la libertad ideológica —que supone la posibilidad de exteriorizar fehacientemente la forma de pensar mediante el comportamiento—. Por ese motivo, en contra de su desarrollo lógico, la objeción de conciencia no ha sido interpretada como un derecho fundamental por nuestro Tribunal Constitucional, que ha variado su primitiva interpretación al respecto (18).

En cuanto a los derechos humanos o derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución como fundamento legitimador del derecho y limitador del poder, la ausencia de un auténtico fundamento diferente del consenso en virtud del cual "están" en la Constitución, impide o dificulta sobre manera atribuirles aquél carácter legitimador y limitador.

Es cierto que no abundan quienes sostienen en toda su crudeza que el derecho es lo que se impone por la fuerza y que el derecho depende del poder no siendo anterior a éste, sino posterior a él (19). El hecho de que los derechos fundamentales estén en la Constitución no constituye ningún criterio más allá de la autovalidez, que nada fundamenta y que permite tanto su desaparición si se suprimieran en una reforma constitucional, como su interpretación diferente sobre su contenido y significado. Nada se nos dice sobre qué son, sino tan sólo, como por otra parte el resto del ordenamiento jurídico, que han de interpretarse de acuerdo con la Constitución.

Algunos autores, desde perspectivas iusnaturalistas, se esfuerzan en considerarlos derechos naturales constitucionalizados, apoyándose en que el artículo 10.1 se refiere a derechos que son

---

(18) Cfr. E. CANTERO, "La objeción de conciencia al servicio militar", en VV.AA., *Guerra, moral y derecho*, Editorial Actas, Madrid, 1994 (págs. 257-298), págs. 278-283.

(19) Véase, por ejemplo, en tal sentido, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Desobediencia civil y objeción de conciencia", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5 (1988-1989) (págs. 159-176), pág. 163; LUIS PRIETO SANCHIS, "Ideología liberal y fundamento iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4 (1986-1987) (págs. 291-321), pág. 310; Idem, "La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho", en *Sistema*, núm. 59, marzo 1984 (págs. 41-62), pág. 48.

inviolables por ser inherentes a la persona. Pero eso no quiere decir que la Constitución haya aceptado una fundamentación iusnaturalista. El propio artículo 1.1 induce a pensar todo lo contrario. Sin que al mismo tiempo esté establecido con claridad si son valores superiores al ordenamiento, en el sentido de que éste debe adecuarse a ellos, o, por el contrario, lo más valioso de su ordenamiento, es decir, de lo ya consignado en la propia Constitución y, por tanto, valores intrínsecos al mismo. Esto es, más bien, lo que sucede. Como advierte García de Enterría: "Nada fuera de la Constitución, puede limitar a la Ley, porque ese algo que la limitase sería algo superior a ella en el orden jurídico y toda la construcción técnica de la Ley está montada para atribuirle la superioridad en la creación del Derecho: su carácter superior, supremo, en su propia esencia. Es la única norma originaria que decide desde sí misma y por sí misma (...) la fuente por excelencia de sustitución, de ruptura del derecho antiguo por un derecho nuevo" (20).

Para otros autores son los valores los que legitiman y justifican la acción del poder y garantizan su ejercicio respetuoso con los derechos y libertades fundamentales. De tal forma que, se dice, no cabe concebir el Poder ni el ordenamiento estatal de modo formal, pues ambos valen por los valores que realizan y propugnan, de los cuales traen su validez y legitimidad (21). Ahora bien, para Parejo, que mantiene esta teoría, el artículo 10.1 es el que proporciona el criterio material, la axiología de la que carece el artículo 1.1. Pero en el caso de reforma constitucional, al no contener la Constitución ningún criterio último de valoración, cabe variar los valores, el supuesto criterio material que es parámetro de validez y de legitimidad. El relativismo de los valores hace de ellos que valgan tan sólo mientras no se cambien. Así, el suelo axiológico de la Constitución no lo constituyen verdaderamente unos valores por sí mismos —por otra parte siem-

(20) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, pág. 106.

(21) Cfr. LUCIANO PAREJO ALFONSO, "Constitución y valores del ordenamiento", en la obra homenaje al profesor García de Enterría, *Estudios sobre la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1991, t. I, pág. 105.

pre relativos, pues el relativismo les es esencial—, sino en cuanto están admitidos en la Constitución.

Además, las expresiones contenidas en el artículo 10.1 (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad), necesitarían un criterio interpretativo que parta de un fundamento sólido. En otro caso, todas las interpretaciones serán posibles. Incluso las contradictorias. Menos una, que es la interpretación iusnaturalista. El mismo Parejo lo indica cuando señala: "no existe base suficiente para solución alguna de corte iusnaturalista estricto o que postule la naturaleza ideal, objetiva de los valores, capaz de servir de soporte a un orden valorativo existente por sí con carácter absoluto, definitivo y universal, que el orden positivo deba «descubrir» y al que deba acomodarse" (22). Y es que, como dice este mismo autor: "En la medida en que la sociedad no es homogénea ni en el plano de las necesidades y los intereses, ni en el de las ideologías, las creencias y los valores, el Estado tampoco lo es, no puede constuirse sobre un orden de valores únicos, preciso y definitivo" (23).

Otros autores han intentado ver la Constitución no como un orden cerrado, sino abierto a los valores superiores que consigna el artículo 1.1, especialmente la justicia, como es el caso de Hernández Gil. Pero el deseo expresado por este autor de que la justicia se concibe de forma normativa —pues de otro modo la apelación a ella de dicho artículo es ilusoria—, no encuentra su asiento en la Constitución, en la que se identifica con ordenamiento jurídico que, por existir, es justo.

Decía Hernández Gil: "O aceptamos en la justicia un significado intrínseco, susceptible de visiones diferentes, pero dotada de alguna entidad propia, o no estamos haciendo nada con ella, o hacemos simplemente política" (24). Pero el mismo Hernández Gil, que defiende un contenido sustancial (25) de la justicia, se

(22) L. PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pág. 105.

(23) L. PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pág. 105.

(24) A. HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1987, t. I, pág. 443.

(25) A. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 443.

ve abocado a reconocer que esa determinación ha de hacerse no sólo con "criterios de justicia", sino también, y al mismo tiempo, "con interpretaciones procedentes del pluralismo político sin un monopolio ideológico" (26), porque así lo prescribe el mismo artículo 1.1.

Tampoco han faltado quienes encuentren la garantía para los derechos y libertades de los ciudadanos y la limitación del poder en los principios generales constitucionalizados. Así ocurre con Arce, que estima que la Constitución reconoce y admite unos principios "suprapositivos", que deduce de la combinación de los artículos 1.1, 10.1 y 103.1. Pero es el mismo Arce el que indica que esta suprapositividad no hay que buscarla fuera de la Constitución, sino que está en la misma Constitución y que expresa, ya sea los tradicionales principios generales del derecho, ya una secular concepción de la justicia y de la dignidad humana, ya el derecho natural. Presupuesto que le lleva a establecer la siguiente jerarquía de principios: dignidad de la persona, justicia, libertad e igualdad, mientras que al pluralismo político lo "reconduce" a la libertad y le niega el carácter de valor autónomo (27). Pero la prueba de que esto no es así, la tenemos en el aborto y en la doctrina, lo que es suficiente para mostrar que la Constitución carece de una concepción cabal de la persona. En el aborto, porque éste no era una exigencia constitucional. En la doctrina, porque la consideración de Arce sobre los principios y su jerarquía no es en absoluto pacífica. Así, como botón de muestra, hay quienes consideran que la libertad y la igualdad son los verdaderos valores superiores y que la justicia nada añade a ellos, como es el caso de Peces-Barba (28), opinión compartida por Suárez Pertierra para el que, además, es la igualdad la que defi-

(26) A. HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, t. VII, pág. 532.

(27) JOAQUÍN ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 138.

(28) G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 118-119.

ne la libertad (29); para otros, como Hernández Gil, como ya vimos, es la justicia, mientras que, para otros, como Parejo, los cuatro valores del artículo 1.1 tienen igual rango, y, por tanto, deben armonizarse (30); mientras que otros, en fin, como García de Enterría, destacan el fundamental papel del pluralismo político (31).

Finalmente cabe preguntarse si las instituciones pueden cumplir el papel de garantía y límite al que estamos aludiendo. Nuestra Constitución menciona diversas instituciones, bien al tratar de los derechos, bien en sedes distintas. Así, entre otras, el matrimonio (art. 31. 1 y 2, 149.1 8.<sup>ª</sup>), la familia (art. 39), la propiedad (art. 33), la herencia (art. 33), el municipio (art. 140), la universidad (art. 27.10).

De la doctrina alemana de la garantía institucional sólo me interesa destacar la idea de que su objetivo es mantener la estructura fundamental de la institución correspondiente, sustrayéndola a la discrecionalidad del legislador, ya que en virtud de sus raíces históricas y de su propio valor, deben conservar una especial estabilidad y continuidad para el futuro de la vida social. De lo que se trata es de asegurar su existencia de acuerdo con su ser y de constituir un límite último a la voluntad del legislador. La cuestión se reduce, pues, a si el legislador puede cambiar a su antojo, democráticamente, por supuesto, las instituciones, o si, por el contrario, quedan fuera de su poder.

Esta garantía institucional me parece una versión *light* de lo que en Derecho Público Cristiano se llama principio de subsidiariedad. La realidad es que la familia, el matrimonio, la propiedad o el municipio, por sólo mencionar algunas, son instituciones sin las cuales no hay auténtica sociedad —cuya existencia queda garantizada con el respeto y el cumplimiento del principio de subsidiariedad—, y son previas, anteriores al Estado.

---

(29) GUSTAVO SUÁREZ PERTERRA, "Derechos y libertades fundamentales. Comentario introductorio al capítulo II, en *Comentarios...*, EDERSA (págs. 263-274), pág. 269; Idem, "Igualdad ante la Ley", *op. cit.* (págs. 277-293), págs. 283-284.

(30) L. PAREJO ALPONSO, *op. cit.*, pág. 133.

(31) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...*, pág. 116.

Pero en nuestra Constitución no ocurre así, como muestran los casos del matrimonio y de la familia. Como advierte Gallego Anabitarte (32), el poder discrecional del Estado en relación a esas instituciones es superior que respecto a los derechos fundamentales, pues carecen de la protección del artículo 53.2. Además, el matrimonio no se concibe como una institución, sino como un derecho individual. Mientras que respecto a la familia, como, entre otros, ha indicado Nagore (33), la Constitución carece de todo concepto o modelo.

Para cerrar esta exposición voy a aludir a unos ejemplos que ponen de manifiesto lo expuesto.

Así, algunas modificaciones que se han operado en el derecho de familia. En primer lugar, la ley del divorcio, respecto a la cual, desde posiciones más o menos realistas se ha dicho que no cabía en la Constitución, que sí, o que ambas posibilidades eran factibles. La familia basada en el matrimonio indisoluble ha desaparecido. Fruto de la concepción individualista de los derechos que concibe al matrimonio y, por ende, a la familia que se basa en él, como un derecho individual. Aun cuando no se reconociera que el matrimonio es indisoluble, no sólo desde la perspectiva católica, sino desde la de su propia naturaleza, el legislador pudo elegir otra solución más acorde con la tradición patria, con la naturaleza de las cosas y con la perspectiva sociológica española. Como ha indicado Ollero Tassara, pudo establecer un sistema de matrimonio con opción facultativa respecto a la disociabilidad del vínculo, y al no hacerlo así, se olvidó de respetar el pluralismo, permitiendo a los contrayentes elegir uno y otro tipo de "matrimonio" (34). Al no hacerlo así, dio muestras de una intolerancia absoluta, y ha provocado el absurdo de fomentar unas reuniones que sólo legalmente constituyen matrimonio, pues carecen de la voluntad de la más mínima permanencia y

(32) ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 84.

(33) JAVIER NAGORE YARNOZ, "El cambio en el derecho", en AA.VV., *El cambio*, Speiro, Madrid, 1986 (págs. 247-277), pág. 265.

(34) ANDRÉS OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 270.

contribuye a promover el que, en lugar de intentar arreglar las desavenencias, éstas conducen rápidamente al "remedio" del divorcio. Así, el sistema de matrimonio establecido es generador de su disolución. Puede decirse, pues, que el matrimonio no se le considera como una auténtica institución, y que la afirmación del artículo 39.1, según la cual, los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, carece de toda realidad.

Otro ejemplo lo constituyó, en materia de adopción, la ley 21/1987 de 11 de noviembre, al permitir la adopción conjunta de un menor "al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal". Aquí se contempla un supuesto derecho de la pareja, pero en nada se tiene en cuenta al menor adoptado, que poco después se puede encontrar que esa pareja se ha separado, pues por definición, la permanencia futura en la "unión de hecho" es un arcano, pues lo característico de esa "unión" es su constitución sin compromiso alguno de futuro.

El último ejemplo que quiero poner constituye un baldón para toda sociedad, incluso no civilizada. Es el del aborto. También es la consideración de los derechos desde un punto de vista subjetivo individualista el que ha permitido su despenalización. La interpretación que efectuó el Tribunal Constitucional constituye un ejemplo de lo que anteriormente aludí como secuestro de la Constitución.

Tras estos ejemplos, cabe comprender otra de las paradojas de la Constitución, que es la de su aconfesionalidad, que ha permitido, sin duda, las anteriores. La consignación en el artículo 16.3 de que "ninguna confesión tendrá carácter estatal", en pugna con toda la tradición jurídica española anterior —salvo el paréntesis de la Segunda República— en lugar de constituir una muestra de neutralidad, y pese a la proclamación constitucional de garantizar la libertad religiosa y de culto (art. 16), ha sido beligerante contra la religión católica y contra el pueblo español, que en 1978 integraba una sociedad constitutivamente católica. Así, no ha sido sólo el plano de los principios el que no ha sido tenido en cuenta, sino también el de las reali-

dades sociológicas. Los ejemplos del divorcio y del aborto dan cuenta de ello.

Nuestra Constitución tiene, pues, notables carencias. En lugar de definir y delimitar con toda claridad el ámbito de lo indiscutible, aquello que es y tiene que reconocerse como fundamento de la vida social, no sólo no lo definió dejándolo en la indeterminación, sino que lo rechazó.

Se ha dicho que el mayor logro de la transición fue el consenso. Sin embargo, el consenso, para ser realmente fructífero para todos, debe dejar fuera de él lo más fundamental, lo que constituyen los presupuestos intangibles de la sociedad. Dicho de otro modo, el pacto debe asentarse en el suelo sólido de un orden jurídico inmodificable que sea límite del poder. Del mismo modo que el derecho natural no es opinable (35), tampoco pueden cederse las libertades para someterlas a la regulación del contrato. Ambos aspectos han de quedar por encima del poder de decisión. De otro modo no constituye más que un acuerdo efímero y somete a la sociedad en su estructura vital a los avatares de ese consenso y al poder de las mayorías. Lo que equivale a admitir que la sociedad no tiene entidad propia.

Quizá pueda tacharse de pesimista este análisis de la Constitución, pero creo que es realista. Y aún se nos pueden ofrecer más sorpresas como la liberalización de la eutanasia, el aborto absolutamente libre, la equiparación de las "uniones homosexuales" al matrimonio, la adopción sin que la pareja adoptante pertenezca a distinto sexo, la supresión de la enseñanza católica de las escuelas públicas, la prohibición de la libertad de opinión respecto a los principios de la democracia moderna, los monopolios cuasi informativos, y un largo etcétera que la imaginación de cada uno puede ampliar; así, por ejemplo, en el campo económico, donde gracias a Dios, el desastre del socialismo real, posterior a la Constitución (36), ha impedido que de momento

(35) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997.

(36) Cfr. LUIS MARÍA SANDOVAL PINILLOS, *Cuando se rasga el telón. Ascenso y caída del socialismo real*, Speiro, Madrid, 1992; STÉPHANE COURTOIS y otros, *Le livre noir du comunisme*, Laffont, París, 1997.

no desaparezca el mercado o se haya procedido a la nacionalización de los medios de producción.

Se ha dicho reiteradamente que la ambigüedad constitucional permite todas las interpretaciones. Antes de continuar quiero hacer un inciso sobre esta cuestión: en el análisis anterior resalta —sin que la hayamos buscado a propósito—, la falta de una mínima unidad doctrinal en algunas de las cuestiones que suscita el texto constitucional. Un estudio a fondo de la doctrina revelaría la multiplicidad y variedad de las interpretaciones y explicaciones —hasta límites difícilmente imaginables, incluso para el experto—, lo que ciertamente, revela la escasa inteligibilidad de dicho texto. El adagio que la claridad no necesita interpretación, ciertamente algo exagerado, no es de aplicación a la Constitución. Pero algo tan ininteligible o tan confuso ¿puede ser realmente explicado como algo con propia e inequívoca trazazón interna? Y si la doctrina —los expertos— no consiguen ponerse de acuerdo, ¿cómo podrá ser comprendida por el pueblo?

Volviendo a nuestro hilo argumental, creo que ha quedado suficientemente explicado que una interpretación congruente con su texto excluye la interpretación iusnaturalista que se basa en principios y verdades inconcusas, y, por tanto, es incompatible con la admisión de otras interpretaciones que la rechacen. Ahora bien, por encima de la Ley está el derecho; y más allá de las ideologías se encuentra la naturaleza. Aun cuando la Constitución es positivista, la labor de los juristas consiste en la determinación del derecho. Por este motivo, la única forma de lograrlo es mediante la interpretación del texto constitucional desde una perspectiva auténticamente iusnaturalista, lo que desde los presupuestos teóricos constitucionales no puede reprocharse. A los intérpretes corresponde la grave responsabilidad de someterse al "derecho injusto" o de buscar salidas en busca de la justicia. Por este camino se podían haber evitado algunas modificaciones legislativas que la Constitución no permitía y, menos aún, exigía.

La cuestión, pues, de si la Constitución española es o no personalista, como anunciábamos, es indiferente, porque con ella no se garantiza ni la intangibilidad de la persona, ni de su dignidad, ni de modo suficiente sus derechos. Probablemente la respuesta

correcta es que, por estar presente en algunos de sus artífices —pienso expresamente en Peces Barba, en quien en aquella época eran aun recientes las influencias de Maritain o de Ruiz Giménez, aderezadas ya con grandes dosis de socialismo marxista (37)—, el personalismo también se encuentra en la Constitución. Pero es que, al igual que como en el caso de la Constitución italiana ha demostrado Catellano (38), el personalismo, lejos de constituir una garantía, es una de las causas de su ineficacia y de la arbitrariedad. El personalismo no es fundamento sino demolición.

La existencia de una comunidad política se asienta, necesariamente, en la comunión de unos principios básicos intangibles, que cuanto más sólidos, arraigados y compartidos sean, mayor coherencia y permanencia asegura a la existencia de esa comunidad (39). La Constitución ha de contribuir a ello, o, al menos, no ha de ponerle dificultades. Nuestra Constitución, por el contrario, por todo lo indicado, contribuye a la disolución social. No hablo de la —¿posible?— disolución territorial fruto de los controvertidos artículo 2 y título octavo. Me refiero a esa otra disolución de principios sin los cuales ninguna comunidad política existe como tal, ni ninguna sociedad contractual resiste un mediano envite. La denominada moralidad básica positivizada, necesariamente degenerativa hacia una —mal llamada— ética pública de mínimos cada día menores, fruto de su propia naturaleza, originadora de una dinámica abocada a la admisión de una pluralidad ideológica cada vez más grande, y, por consiguiente, con proporción menor de elementos comunes, no puede terminar más que, o en la ausencia de toda ética y de

(37) Cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La democracia en...*, págs. 51, 105, 110, 117.

(38) Cfr. DANILO CASTELLANO, "Il problema della persona umana nell'esperienza giuridico-politica: Profili filosofici", *Diritto e Società*, núm. 1 (1988), págs. 107-153; *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1993, págs. 189-196; "Il «concetto» di persona umana negli Atti dell'Assemblea costituente e l'impossibile fondazione del politico", en AA.VV., *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, Monduzzi, Bolonia, 1995, págs. 37-71.

(39) Cfr. MIGUEL AYUSO TORRES, *¿Después del Leviatán? Sobre el Estado y su signo*, 2.ª ed., Madrid, 1998.

toda moralidad, o —contra todos sus "principios"—, en una "ética" "impuesta" (40).

La sustitución de la legitimidad por la legalidad (41), el rechazo de la justicia como realidad objetiva (42), la pretensión de unos derechos fundamentales sin sentido teleológico y ontológico, tan sólo expresión o dimanación de la autonomía de la persona, de su autodeterminación (43), no pueden ser suficientes, no lo han sido en el caso de la Constitución española, para garantizar lo que, con ello, teóricamente se pretendía.

---

(40) Cfr. E. CANTERO, "Moralidad, pluralismo y bien común", *Verbo*, núm. 341-342, enero-febrero 1996, págs. 113-125.

(41) Cfr. CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Legalidad y legitimidad, la teoría del poder*, Editorial Actas, 2.ª ed., Madrid, 1991.

(42) Cfr. C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Del poder y la justicia*, vol. 1, Editorial Actas, Madrid, 1997.

(43) Cfr. E. CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990.