
DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Verdú*

I. SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS DE LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LOS VALORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. La Constitución española pionera en este campo

Aunque algunas Constituciones contemporáneas aludan a elementos estimativos, corresponde a nuestra Carta Constitucional de 1978¹ la decisión de propugnar los valores: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (artículo 1,1).

A estos hay que añadir, como valor capital, la dignidad de la persona (artículo 10,1). Este reconocimiento, defensa y lucha (del latín *propugno*) supone que nuestra norma constitucional de apertura abre su casa a alguien. Ese alguien es la legitimación y justificación del ordenamiento fundamental mediante valores que son previos, y por eso, se reconocen. Su cobijo en la casa constitucional es para defenderse y luchar por ellos transmitiéndolos a todo el orden constitucional. Por eso, hablamos de norma de apertura de la Constitución porque esta última, es cosa obvia, en cuanto que es el precepto que inicia el articu-

* Sesión del 18 de marzo de 1997.

¹ Francisco Fernández Segado: «Filosofía Política en la Constitución Española» en «Revista de Ciencias Sociales» n.º 4, 31 y ss.

lado básico para la convivencia. Tal obviedad carece de la profundidad propia de la apertura constitucional a los valores. No son consideraciones retóricas cuando hablamos de la dimensión axiológica de la Constitución, sino que es un asunto que me preocupa y he examinado en otros trabajos.

Los valores fundamentan el orden constitucional. Por otro lado, éste se inspira, ideológicamente en el demoliberalismo; posee una penetración historicista (Disposición adicional primera), ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales; y, por último, su condicionamiento socioeconómico mantiene una economía de mercado.

En el Preámbulo la Constitución expresa el deseo de la Nación española, en uso de su soberanía, de establecer la justicia, la libertad, la seguridad, de proclamar el bien de cuantos la integran, proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo, y de proteger a todos los españoles, y pueblos de España, en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

No nos detendremos en el carácter normativo del Preámbulo. Basta con apuntar que la doctrina es unánime en señalar que sirve de ayuda a la interpretación de la Constitución. Refiriéndose, el profesor Badura², al Preámbulo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, nos dice que aquel, aunque de modo algo indeterminado, alude a un derecho suprapositivo, o iusnaturalista que vincula al poder del Estado.

2. El debate doctrinal. Diversas posiciones

Ante todo, hay que decir algo acerca de la cuestión si la irrupción de los valores en nuestro texto constitucional es oportuna. Es decir, si cabe un análisis teórico-jurídico sobre la dimensión axiológica del ordenamiento constitucional español.

Dentro de esta cuestión se plantean también otras dudas importantes: a) ¿Es una cuestión filosófica?; b) ¿Es un problema metodológico?; c) ¿Hay alguna posición convincente sobre la función estimativa en el ámbito doctrinal? Veamos:

² Peter Badura: *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* Verlag C. B.H. Beck München, 1986.

a) Cuestión filosófica

La irrupción de la perspectiva axiológica en el corpus constitucional, suscita la siguiente cuestión: ¿Qué son los valores? La pregunta la contestaremos en el epígrafe 1,4. Ahora interesa considerar si el constituyente acertó al introducir en el artículo 1.1 CE esta referencia axiológica, así como también la del artículo 10.1. Una objeción posible a la constitucionalización de los valores es su oportunidad: ¿La Constituyente aceptó una dirección filosófica (filosofía de los valores) difundida en los años veinte en Alemania (*Wertphilosophie*)? A pesar de su novedad, luego provocó críticas y, a mayor abundamiento, no es compartida por diversas tendencias presentes. En consecuencia. ¿Por qué introducir esa posición en el ámbito constitucional? ¿Acaso el derecho constitucional es un sector de la filosofía?

A mi entender esos reparos no son consistentes. No lo son porque el descubrimiento de los valores en el campo filosófico, no significa que les esté vedado irrumpir en la esfera jurídico-política. Como veremos, más adelante, en el desarrollo del constitucionalismo euroatlántico el cielo de los valores (Max Scheler) no se expresó diáfanoamente como ahora porque se relacionaban y/o identificaban con la ideología liberal: derechos individuales, derechos del hombre y del ciudadano, resistencia a la opresión, libertad, igualdad, fraternidad, etc. Cuando el artículo 1.º.1 CE los propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, continua la lucha contra las arbitrariedades, abusos e injusticias del Antiguo Régimen. En la medida que la dogmática constitucional formalista fue enseñoreándose de la doctrina constitucional, con términos como derechos públicos subjetivos (Gerber-Laband-Jellinek-Kelsen-V. E. Orlando) y en nuestro tiempo derechos fundamentales, los derechos humanos se fueron desustancializando, desencializando, puesto que al formalismo jurídico, y en particular al de Kelsen, sólo le interesaba su expresión normativa, las normas o conjunto de ellas que las regulan³. Posteriormente Schmitt⁴ y su discípulo Forsthoff⁵ rechazaron la dimensión axiológica. Estos y otros autores, como Sauer⁶ con su teoría de las mo-

³ Hans Kelsen: «Teoría general del Estado» (trad. Luis Legaz Lacambra). Editorial Labor, 1934 *passim*.

⁴ Carl Schmitt: «La tiranía de los valores» en «Revista de Estudios políticos» n.º 115 (1961) págs. 65 y ss.

⁵ Ernst Forsthoff: Cfr. Ulrich Storost: *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*. Frankfurt an Main, Bern. Las Vegas, 1979.

⁶ Wilhelm Sauer: «Filosofía jurídica y social» (trad. y notas de Luis Legaz Lacambra). Editorial Labor. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933 págs. 110, 121 y ss. 132 y ss., 292 y ss. Robert Laun: *La Démocratie. Essai sociologique, juridique et de politique*

nadas del valor y Laun al criticar el relativismo, como fundamento de la democracia, son excepciones en la época weimariana.

Entre las causas, no únicas, del fracaso de la República de Weimar figuran, en el plano filosófico político, el indecisionismo de su Constitución. Según Otto Kirchheimer⁷. La Constitución de Weimar fue indecisa: no adoptó una posición firme y clara respecto a los graves problemas heredados después de la derrota de 1918. Por otro lado, se señaló su agnosticismo político (Schmitt, critica en contraste con su negación de los valores, el relativismo considerado por Kelsen como esencia de la democracia y por Radbruch en su primera fase de pensamiento)⁸. La República weimariana era una democracia hasta el suicidio y en cierta medida lo fue la de Francia y desde luego, claramente, la Segunda República española que desembocó en la guerra civil. En cambio, Gran Bretaña, los EE.UU., los países escandinavos, Bélgica, Holanda y Luxemburgo fueron democracias sanas.

Una democracia que no se fundamenta en valores consolidados está condenada a sufrir inestabilidad grave, carece de adhesión ciudadana y está amenazada. Sus instituciones son corroidas por la desmoralización, el desencanto y sobre todo por la corrupción.

b) *Cuestión metodológica*

Los positivistas clásicos y los neopositivistas contemporáneos, cuestionan la existencia de los valores, pues si no existen, no pueden considerarse como elementos aplicables de modo absoluto; sus posiciones se desenvuelven en el escepticismo, o por lo menos en el relativismo. Lo mismo ocurre respecto al derecho natural, pues corresponde al campo de la teología o de la filosofía. De todos modos, su aplicación en el derecho constitucional consiste en su adecuada normativización, sea a través de la Constitución, de la legislación o de la práctica judicial. Las normas fundamentales reciben esos contenidos axiológicos desentendiéndose de su valencia o de su capacidad legitimadora del ordenamiento

morale. Delagrave París, pág. 245. *Allgemeine Staatslehre* Otto Meissner Verlag Hamburg 1948, págs. 87 y ss.

⁷ Otto Kirchheimer: *Weimar und was dann? Entstehung und Gegenwart der weimarer Verfassung* Berlin, 1930.

⁸ Gustav Radbruch: «Filosofía del Derecho» (trad. de José Medina Echevarría) Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933, págs. 37 y ss. 108.

constitucional. No les preocupa la existencia suprapositiva de los valores. A esas direcciones lo que les importa no es su valencia, sino la validez de las normas conforme al orden normativo. Es decir en la medida que el derecho positivo, único existente, puesto por los órganos estatales, logra, ajustándose a la supremacía de la Constitución, imponer sus mandatos en la sociedad (eficacia o efectividad). Estamos, pues, ante una reiteración *mutatis mutandis* de la teoría escalonada del ordenamiento jurídico⁹.

Ahora bien, dicha argumentación contrasta con el dictado del artículo 1.1 que habla de valores superiores del ordenamiento jurídico y con el 10.1 que versa sobre la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes. Sobre esto volveremos más adelante. En la cuestión metodológica entra, también, la siguiente interrogación: ¿El tema de la dimensión axiológica corresponde a la filosofía del derecho o al derecho constitucional? Si se considera que el asunto de los valores pertenece al territorio iusfilosófico, entonces el problema queda claro: trátase de una investigación extra y/o metajurídica. Ciertamente el estudio de la filosofía del derecho contribuye a ensanchar, y perfeccionar la formación cultural de los constitucionalistas, pero sus disquisiciones no tienen carácter normativo. Si, por el contrario, se afirma que la perspectiva axiológica compete al derecho constitucional es una cuestión que debe demostrarse.

Me interesa aclarar que todo ello lo planteo como si fuera contrario a la admisión de la dimensión valorativa en el sector jurídico; particularmente en el constitucional.

Antes de exponer mi posición sobre esta cuestión, conviene referirse a otra postura intermedia. Es esta: dado que la teoría de la Constitución es, una disciplina de índole cultural y la cultura consiste en realizar valores en la sociedad, habrá que distinguir metodológicamente, entre la legitimación y positivación ideológica y la normativización constitucional. Es una tesis parecida al dualismo de Jellinek respecto a su estudio del Estado: por un lado del Estado es examina-

⁹ Cfr. Pablo Lucas Verdú: «La Teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la Tesis de Paul Schreker sobre la estructura de la civilización» en «Revista de Estudios Políticos» n.º 66. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989, págs. 7 y ss. «El orden normativista puro. Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen. Ibidem n.º 68 págs. 7 y ss. Sobre el difícil tema de la validez jurídica Cfr. el interesante libro de María José Falcón y Tella: «Concepto y fundamento de la validez del derecho. Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense. Madrid, 1944.

do desde el enfoque histórico-político-sociológico: Teoría general del Estado que exige un método sociológico y, por otro, desde un enfoque técnico-jurídico, una teoría jurídica de Estado. Así el dualismo consiste en la diferenciación metodológica de ambos sectores y en la unidad sistemática de los mismos.

Hay que recordar las críticas de Kelsen a esta teoría y los riesgos de yuxtaposición o mezcla acrítica de este dualismo. Ahora bien, las cosas no son tan claras como parecen. Ante todo, porque para el neokantiano Kelsen es un imperativo categórico ajustarse a estos dos postulados: a) El postulado que el método produce el objeto de conocimiento y ese método debe ser único: el formalismo normativista; b) El postulado de la pureza metódica que en su virtud elimina del campo jurídico normativista cualquier referencia a contenidos (principios socioeconómicos, éticos, políticos). Por consiguiente, en la posición kelseniana, ajustada al formalismo, vacía de contenido, no hay sitio para los valores.

No hay que extrañarse, por tanto, que en filosofía del derecho como en el derecho constitucional, se rechazase el monismo categórico del maestro y que incluso se pasara del dualismo al enfoque tridimensional. Así, y como es sabido, aparece la visión metodológica del derecho desde los siguientes puntos de vista: lógico, fenomenológico, —advirtiendo que no se trata de la fenomenología husserliana— y deontológico. Este tridimensionalismo, intuyo que procede de fuentes germanas, pero para no aventurarme en suposiciones he de apuntar que fue pergeñada por Vanni y recogida por Del Vecchio y Reale, esforzado campeón de dicho tridimensionalismo.

En el campo del derecho político Hans Nawiasky¹⁰ recoge, con variantes, la tesis tridimensional; el malogrado H. Heller¹¹ aludió a las tres facetas que a su juicio, deben orientar la investigación jurídica.

En consecuencia, c) *la función estimativa en el campo del derecho constitucional*, no puede considerarse ajena. Claro está que los positivistas y re-

¹⁰ Hans Nawiasky expuso su concepción tridimensional en un artículo: *Norm, Idee, soziale Tatsache en Zeitschrift für öffentliche Recht*, XIII Wien 1933 y posteriormente la mantuvo en su *Allgemeine Staatslehre. Ersten Teil, Grundlehre*. Verlag-santalt Benziger und Co. AG. Einsiedlen Köln 1945 y en su *Teoría general del derecho*. 2.ª ed. trad. de José Zafra Valverde Editora Nacional México, 1980.

¹¹ Herman Heller: «La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional» (trad. y estudio preliminar de Mario de la Cueva) Unam México 1963, pág. 111.

lativistas siguen manteniendo lo contrario. Aquí no vamos a extendernos en criticar estas posiciones que de pasada hemos hecho.

Caso notorio es el alemán. En efecto, pese al predominio del positivismo jurídico, el maestro Smend¹² influido por la fenomenología, estudió los derechos fundamentales desde el enfoque axiológico. Su influjo en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* fue notoria, también en la doctrina. No obstante, es cierto, que pasados algunos años, cesó. Se explica por el complejo de culpabilidad de muchos alemanes al terminar la guerra y comprobar los desmanes de los nacionalsocialistas. Además, se reflexionó sobre la cuota de responsabilidad de la doctrina, y práctica jurídica de los tratadistas y jueces durante el III Reich. Partían de estas afirmaciones: La ley es la ley y debe obedecerse. En definitiva, la destrucción del Estado de Derecho, el relativismo y el agnosticismo político asfixiaron los postulados liberales. Los derechos humanos fueron suprimidos debido a la *reductio ad Hitlerum*. Claro que hay que matizar ese complejo porque la política de los vencedores de la Primera Guerra Mundial también tuvo su parte alicuota de responsabilidad y, además, no se decidieron a frenar a Hitler a su debido tiempo. Acaso lo que escribo puede ser discutible. De todos modos hay que contrastarlo con la realidad de entonces.

3. Dimensión axiológica de la Constitución española

Frente a la tesis que considera los valores y su valencia como cuestión ideológica o de creencias, sostenemos que no ocurre así. No lo es porque parten de una concepción errónea de la naturaleza de los valores; a nuestro juicio no se trata de un asunto de fe, de una concepción, religiosa o metafísica. Tampoco es una ideología.

No me parece que sean de índole religiosa porque hay autores, agnósticos y escépticos, que admiten ciertos valores aunque no los fundamenten teológicamente. Se basan en el reconocimiento, respeto y protección por ejemplo, de la dignidad humana. La Declaración Universal de los Derechos Humanos,

¹² Rudolf Smend: «Constitución y derecho constitucional» (trad. de José María Beneyto). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985. Cfr. mi trabajo: «La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend. *Centro de Estudios Constitucionales*. Tecnos Madrid, 1987 y antes: «Estimativa y Política constitucionales. Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español». Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 1984.

a la que reenvía el artículo 10.2, para la interpretación de los derechos fundamentales y de las libertades reconocidas por nuestra Constitución, fue fruto de hombres de convicciones muy diferentes y aunque no expresamente, se inspira en unos valores absolutos y universales.

Recordemos la aguda respuesta de J. Maritain cuando se le preguntó cómo personas de pueblos distintos, de creencias diferentes y de ideologías variadas lograron ponerse de acuerdo para aprobar ese documento, contestó: «sí, estamos todos de acuerdo con una condición: que no nos pregunten porqué». En consecuencia, los valores no dependen de las opiniones creencias, convicciones; dependen de ellos mismos: son absolutos y no relativos. No puede servirse de ellos caprichosamente. Mucho peor que no admitirlos es tergiversarlos o manipularlos.

Tampoco los valores son ideologías. Por supuesto, no lo son en el sentido marxiano de enmascaramiento de la realidad explotadora, alienadora del hombre. Según esta dirección la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son máscaras que velan su inexistencia o ineficacia en las condiciones del capitalismo. Tampoco son ideologías en el sentido técnico de la ciencia política, en cuanto conjunto de ideas, convicciones, prejuicios e incluso sentimientos, sobre el modo de organización, ejercicio, y objetivos del poder político en la sociedad. Las ideologías podrán versar, indirectamente, sobre valores, o los interpretarán conforme a sus intereses pero no son valores. No consiste, la vigencia, de los valores en sentido jurídico-positivo, puesto que su naturaleza no es fruto de decisiones legislativas y anteceden al poder constituyente. Su consistencia es previa a cualquier decisión legislativa. Esto no significa que no puedan constitucionalizarse como hace nuestra norma de apertura constitucional (art. 1.1 y 10.1). La constitucionalización de los valores no quiere decir que estos sean creados por el constituyente, sino reconocidos y garantizados por el Texto Fundamental. Ningún legislador del mundo es capaz de crear valores. Sólo pueden reconocerlos y garantizarlos en su articulado.

Conviene observar que el artículo 1.1 *propugna* como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Propugnar viene de *propugno* que significa luchar, combatir, apartar las injusticias. En este orden de cosas puede hablarse de lucha por los valores superiores en el mismo sentido que hace años hablé de lucha por el Estado de Derecho¹³. En efecto, la

¹³ Pablo Lucas Verdú: «La lucha por el Estado de Derecho». Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976.

lucha por el Estado Social y Democrático de Derecho implica un esfuerzo tesonero para dos fines básicos: a) conseguir el correcto funcionamiento de los órganos del Estado; delimitar el poder de los gobernantes; resguardar los derechos humanos y b) lograr que los objetivos de la cláusula reformadora de la sociedad (art. 9.º.2) se cumplan. De este modo el Estado social y democrático de Derecho se nutre de contenidos reales y estimativos. Se funda en valores completando sus vertientes formales. Dicho de otra manera: la interpretación conjunta de las disposiciones 1.1; 9.2 y 9.3; y de los Principios Rectores de la Política social y económica del Capítulo III, Título I apuntan a un mismo objetivo. La lucha por el Estado de Derecho es el combate por los valores superiores. El Estado de Derecho formalista (Estado liberal-burgués de Derecho) en la medida que fue relativista respecto a los valores, fracasó en muchos países en el período de entreguerras. El Estado social y democrático de Derecho se inspira en valores en tanto que como Estado de Cultura, entendiéndolo en sentido más amplio que la promoción del saber, de la instrucción pública, del arte, etc., es decir concibiéndolo como estructura política que se esfuerza en realizar los valores superiores en la sociedad civil, tiende a la autonomía en la reciprocidad del Estado aparato y el Estado-comunidad.

4. ¿Qué son los valores?

Como es sabido, este interrogante titula el ensayo de Ortega y Gasset¹⁴ cuyo contenido es sobradamente conocido. Sus sugerencias siguen siendo interesantes. Aunque en páginas anteriores hemos desarrollado ideas sobre la cuestión, expondremos, algunas ideas sin pretensiones innovadoras, puesto que esta cuestión requiere conocimientos más extensos y profundos.

Ante todo, es obvio que el término valor no lo tomamos en sentido económico, utilitario, tampoco en el sentido de energía o coraje psicofísico de una persona ante situaciones de riesgo, ni en el alcance del hombre prestigioso en determinado campo del saber, la industria o el comercio o en ocupaciones profesionales o artísticas. Son obviedades, que, sin embargo, parece oportuno mencionar. Corresponde el mérito de aplicar el término valor y de especular con él a Rudolf Hermann Lotze (1817-1881) en el campo filosófico. Fue Nietzsche quien

¹⁴ José Ortega y Gasset: «¿Qué son los valores?», en «Revista de Occidente», n.º 4 Madrid, 1923. Cfr. Antonio Pérez Luño: «Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución». Tecnos Madrid, 1984 y Joaquín Arce y Florez Valdés: «Los principios generales del derecho y su formulación constitucional». Editorial Civitas, 1990, págs. 97 y ss.

según Schnädelbach¹⁵ «...con su provocadora expresión «revaloración de los valores», quien inauguró una nueva era en este asunto. Añadamos la interpretación teórico-valorativa de las ciencias culturales, por parte de Rickert, y el debate sobre los juicios de valor en las ciencias sociales. En tiempos medievales se especuló sobre la idea del bien (*Bonum, bonitas*)¹⁶. En el presente, y en nuestro siglo, se replanteó por el neotomismo tanto en filosofía política como en el derecho internacional inspirándose en Vitoria, Suarez y en los teólogos de la Escuela española del derecho natural y de gentes. La teoría escolástica afirma *ens et bonum convertuntur*. En nuestros días De Vries¹⁷ identifica el bien con el valor.

El fundador de la filosofía de los valores, Lotze, mantuvo la diferencia entre lo que existe y lo que vale. En este orden de cosas los bienes pertenecen al orden del ser (*Seinsordnung*) en tanto que los valores tienen su peculiaridad propia, integran un reino, u orden axiológico (*Wertordnung*). En el orden ontológico, del reino del ser, las cosas son conocidas a través de los sentidos y reelaboradas por el entendimiento agente. En cambio los valores no son captados por esas vías. Como escribe Bochenski¹⁸ al expresar el pensamiento de Max Scheler sobre la cuestión: «El apriori de lo emotivo está constituido por los valores. Son los objetos intencionales del sentir intencional, como los colores a la visión».

La tajante disyunción ser valor, entre ontología y axiología, nos llevaría a la desustancialización de los valores. La pérdida del horizonte metafísico de los valores conduce a un huerdo nominalismo axiológico que tanto exasperó a Scheler. Tampoco consiste en sustituir la ontología por la axiología ni la esencia por la existencia. Siguiendo ese camino y ya en el campo del derecho constitucional, se llegaría a la desustancialización de la Constitución, de los valores superiores que propugna, de la dignidad de la persona, del contenido esencial de los derechos fundamentales y de la distinción entre ley y Derecho.

¹⁵ Herbert Schnädelbach: «Filosofía en Alemania 1931-1933) trad. Pepa Linares. Cátedra. Teorema Madrid 1991 págs. 199-200.

¹⁶ Sobre el concepto de bien común la bibliografía es copiosa. Cfr. la síntesis que hace Oswald von Nell-Breuning: artículo «Bien común» en Walter Brugger: «Diccionario de Filosofía» (trad. de J.M. Vélez Cantararel y R. Gabás). Editorial Herder Barcelona 1988, pág. 83. El mencionado autor entiende como valor, el bien común en sí, y como servicio. Frecuentemente significa ambas cosas a la vez. Cfr., además: José Ferrater Mora: «Bien» en Diccionario de Filosofía abreviado «(Texto preparado por Eduardo García Belzunce y Ezequiel de Olaro). Editorial Sudamericana Buenos Aires, 1970, pág. 49 y ss. y «Bien común», pág. 52.

¹⁷ Josef de Vries: Artículo «Bien» en «Diccionario» citado en la nota anterior págs. 81-82.

¹⁸ I.M. Bochenski: «La filosofía actual» (trad. de Eugenio Imaz) Fondo de Cultura Económica México 1981, págs. 164.

El campeón más sugestivo de la filosofía de los valores es Max Scheler. Nos limitaremos a sintetizar su pensamiento sobre el tema.¹⁹

Ante todo, los valores son absolutos. Anclar «...el valor en el ser significa justamente afianzar su carácter absoluto, nos dice Lotz²⁰. «Más aun —continua— se pone de manifiesto que el valor es uno de los trascendentales;²¹. Visto desde su más íntimo núcleo, el ser es valioso; y el valor, ontológico;’ separarlos sería aniquilarlos». Asimismo son inmutables aunque no los valores en sí, sino nuestra percepción de ellos, que es relativa.

Los valores integran un reino u orden (*Wertordnung* y están jerrarquizados²². Los valores se captan mediante el sentir emocional. Aquí late el influjo de la fenomenología husserliana con su reducción eidética y la intuición de aquellos.

Por último Bochenski²³ afirma que el significado de la persona es el tema central del sistema scheleriano. La relación que hace con Dios es interesante.

El personalismo axiológico y teológico del más conspicuo pensador del personalismo, puede servirnos para comprobar la vertiente personalista del orden constitucional. Ello se comprueba en el artículo 2 de la Constitución italiana y en la nuestra: artículo 10.1: libre desarrollo de la personalidad; 25.2 y 24.1. La libertad no puede considerarse de modo individualista sino solidario. Por eso, cabe decir que nuestro ordenamiento fundamental corresponde a valores superiores y a la dignidad humana y, en ese sentido se basa en un personalismo, fundado en valores de carácter comunitario como veremos. Es decir, en un iuspersonalismo axiológico-comunitario. Es, además, un iuspersonalismo crítico que lucha contra las injusticias sociales (Cfr. artículo 9.º.2).

¹⁹ Cfr. el estudio de Karl Wojtyla (Papa Juan Pablo II): «Max Scheler y la ética cristiana» (trad. Gonzalo Haya) Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid Mcml 1972, págs. 180 y ss. Es una obra muy interesante que conviene consultar.

²⁰ Johannes N. Lotz: Artículo «Valor» en «Diccionario» citado en nota 16.

²¹ «Este vocablo denota aquellos determinativos que inmediata y necesariamente resultan de la esencia del ser acompañándole inseparablemente en todas sus flexiones o modos (Lotz: artículo: «Trascendentales» en «Diccionario»: citado pág. 551.

²² Cfr. la exposición que hace Bochensky, antes indicado pág. 166 y ss. Schnädelbach antes indicado pág. 167 y ss. También Alfonso López Quintás: «Las experiencias de vértigo y la subversión de valores». Discurso de recepción del Académico Excmo. Sr. don Alfonso López Quintás y contestación del Excmo. Sr. don Antonio Millán-Pueyes. Sesión del 28 de enero de 1986. Madrid, 1986. Conviene leer las páginas sugestivas 59-64 donde expone las características básicas de los valores.

²³ Bochenski, antes citado págs. 167 y ss.

5. Consecuencias de la dimensión axiológica de la Constitución

De la exposición anterior se desprenden varias consecuencias de carácter teórico y de índole práctica.

Las primeras se alinean con la argumentación precedente. Las que siguen corroboran lo que he dicho.

Podría objetarse que se trata de una inmersión en el terreno filosófico más o menos interesante, acaso sugestiva, pero nada, o muy poco, atañe al conocimiento y aplicación del derecho positivo. En cuanto al reparo de filosofar en materia ajena, si bien se dulcifica con la calificación de interesante e incluso sugestivo, es típico de las modernas tendencias positivistas. Aunque a finales del siglo pasado, el drástico ataque de Bergbhom²⁴ al derecho natural, consideró al ordenamiento jurídico positivo como un todo sistemático completo, sin lagunas, terminó diciendo que todavía el fantasma del derecho natural persistía²⁵.

a) Consecuencias de carácter teórico-doctrinal

Insistamos en que la reciente Teoría del Constitución se ha abierto a la dimensión valorativa puesto que admite postulados estimativos. Así Badura²⁶ señala la rectificación del Estado liberal y formal de Derecho al ceder el paso, después de Weimar, al Estado social de Derecho que exige determinados objeti-

²⁴ Karl Bergbhom: *Jurisprudenz und Rechts-philosophie*. Leipzig 1891. Ernst Bloch: «Derecho y dignidad humana» (trad. Felipe González Vicen). Aguilar Madrid 1980 emitió este duro juicio sobre el positivista citado: «...si bien uno de los más obtusos entre ellos, K. Bergbhom, no puede por menos conceder al Derecho natural clásico lo siguiente: «El Derecho natural sacudió los fundamentos de la servidumbre de la gleba y de toda dependencia e impulsó la liberación de la tierra y del suelo, liberó las fuerzas productivas encadenadas por la coacción de unas instituciones gremiales fosilizadas y de limitaciones comerciales absurdas... consiguiendo la libertad de la confesión religiosa así como la de la doctrina científica. Contribuyó a eliminar la tortura y a llevar el procedimiento penal a las causas ordenadas de un procedimiento según Derecho» (Jurisprudencia y Filosofía del Derecho I) 1891 pág. 215).

²⁵ El único caso sugestivo que combina elementos de direcciones dispares: normativismo kelseniano, con el iusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino y conceptos existencialistas, se debe al maestro austriaco René Marcic: *Rechtsphilosophie* Freiburg in Bergau 1969 y *Verfassung und Vergassungsgericht* Springer Verlag Wien 1963.

²⁶ Peter Badura, citado anteriormente págs. 203-204.

vos sociales. Se trata de un Estado material de derecho. La Ley Fundamental de Bonn lo establece como principio constitucional que exige también una legislación material vinculada a la Constitución. No es menester aclarar que el término material, típico en la doctrina germana, se contrapone a formal, al formalismo burgués-liberal. También Max Scheler²⁷ contrapuso al formalismo ético la Ética material de los valores (*Wertethik*).

El llamado Estado material de Derecho, en nuestra Constitución, el Estado social y Democrático de Derecho, no es una especulación vacía que se le ocurrió a Herman Heller y se configuró en 1949 en Alemania y en 1978 en España. Basta observar que en nuestra Constitución seguidamente se mencionan los valores superiores del ordenamiento constitucional. Ello evidencia que la Constitución española no puede reducirse a un texto formal interpretable según los cánones de una hermeneútica formalista. Es necesario tener muy presente su dimensión valorativa.

Las observaciones anteriores demuestran que las argumentaciones doctrinales expuestas conectan, coherentemente, con las prácticas como inmediatamente veremos.

b) *Consideraciones de índole práctica*

Nuestra Constitución requiere una interpretación conforme a valores. Contamos con el precedente de la ley Fundamental Alemana. Ya dijimos como las tesis smendianas sobre el contenido axiológico influyeron en el Tribunal Constitucional de Alemania. Esto sucede también en nuestro Texto Básico²⁸ siguiendo lo preceptuado en los artículos 1.º.1 y 10.1. A estos hay que añadir el 53.1 (contenido esencial de los derechos y libertades²⁹ y el 103,1 (sometimiento pleno a la ley y al Derecho) por su conexión con los valores³⁰.

²⁷ Max Scheler: *Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*. Segunda edición. Hay traducción española.

²⁸ STC 8/83 de 18 de febrero. Fundamento Jurídico 3; STC, 32/85 de 6 de marzo. Fundamento Jurídico 2; STC 116/87; Fundamento Jurídico 6; STC 53/85. Fundamento Jurídico 3.

²⁹ Cfr. Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas: «Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1. de la Constitución Española». Editorial Comares, Granada 1996.

³⁰ Cfr. el libro: *La Philosophie à l'épreuve du phénomène juridique. Droit et loi. Vme. Colloque de l'Association Française de la Philosophie du Droit Aix en Provence 22-23*

II. ¿QUÉ ES Y QUÉ SIGNIFICA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS VALORES?

1. Constitucionalización formal y constitucionalización en sentido material

Ante todo hay que subrayar que la constitucionalización es un proceso político. Entendemos por tal la concreción periodiforme del dinamismo político dentro, entre y en torno a estructuras políticas³¹.

El carácter procesal del dinamismo político se ajusta a unas fases o períodos. Es periodización del impulso de la realidad vital sobre la que operan las normas e instituciones. Las corrientes positivistas contemplan el proceso de constitucionalización, exclusivamente, desde las normas o por lo menos atenuan la cooperación institucional.

Pocos, como Maurice Hauriou, han estudiado, tan sugestivamente, el proceso institucionalizador que guarda estrecha relación con el constitucionalizador. Me adhiero a sus consideraciones sobre el asunto³².

Ese dinamismo circula dentro, entre y en torno a estructuras políticas. En el caso de la operación constituyente se verifica dentro del Estado. El Estado con sus elementos, pueblo, territorio y poder soberano se configura mediante la Constitución³³. La Ley Fundamental conforma, de modo normativo e institucional, una estructura básica de la convivencia política, por ahora en el Estado.

El dinamismo político, ya constitucionalizado, actúa también entre las estructuras políticas estatales. Por último, ese dinamismo se encuentra, en su entorno, con los valores, con una dimensión axiológica que le fundamenta.

Mai 1985 Presses Universitaires d'Aix Marseille 1987 y Raul Canosa Usera. «Interpretación constitucional y fórmula política» Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1988.

³¹ Cfr. mis «Principios de Ciencia Política» Volumen II Tecnos Madrid, 1973, págs. 28 y 179 y ss.

³² Pablo Lucas Verdú, citado anteriormente pág. 228 y ss. y 245-246.

³³ Josef Isensee: *Staat und Verfassung en Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, editado por Josef Isensee y Paul Kirchhof vol. 1.º pág. 592 y ss.

Hemos descrito, brevemente y de modo tal vez gráfico, el proceso de constitucionalización política (estatal). Sin duda la cuestión es más rica en contenido de lo que esas imágenes puedan ofrecer.

La constitucionalización de los valores, su recepción por las Constituciones, se opera de modo formal y material en sentido estricto. Veamos:

a) La constitucionalización implica, la escritura y la codificación. El constitucionalismo liberal insistió; desde sus inicios, en la redacción articulada de los documentos fundamentales. En la escritura y en la codificación veían una garantía de la libertad y de la igualdad frente a las leyes fundamentales del Antiguo Régimen considerando sus parcas referencias escritas, ejemplos del *goticismo constitucional*. No es menester indicar que el Reino Unido es ejemplo clásico de Constitución predominantemente consuetudinaria³⁴. En los inicios del siglo pasado, la doctrina germana se planteó la distinción entre *Konstitution* y *Verfassung* categorías correspondientes al desarrollo del constitucionalismo. Con el galicismo *Konstitution* se aludía a textos más o menos pertenecientes al liberalismo doctrinario ajustado al *monarchischen Prinzip*, mientras que *Verfassung* suponía ya cierto contenido sustancial³⁵.

De la formalización constitucional mediante la escritura y la codificación, se desprenden unas consecuencias capitales para el derecho occidental: supremacía de la Constitución y rigidez constitucional y a partir del ejemplo norteamericano el examen de constitucionalidad de las leyes. Cuestiones bien sabidas. Sólo recordaremos que apuntaban a conseguir la permanencia de la Constitución cuya reforma la regula ella misma. Esto guarda conexión con su defensa.

A partir de Grotenffend³⁶ se introdujo en la doctrina la distinción entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material. La primera es el mismo documento constitucional y la segunda su contenido: organización política, ejecutivo, legislativo y judicial, los derechos fundamentales.

³⁴ No obstante, un grupo de constitucionalistas británicos, hace pocos años, propusieron una Constitución escrita y articulada para el Reino Unido. *A written Constitution for the United Kingdom*. Institute for Public Policy Research. London 1993. Cfr. mi comentario: «¡Adiós a una admirable tradición? ¿Una Constitución escrita para el Reino Unido?» en «Debate Abierto» Revista de Ciencias Sociales. Volumen Homenaje al profesor C. Ollero. 10 Primavera 1994, págs. 13 y ss.

³⁵ Cfr. Miguel Herrero de Miñón: «El principio monárquico» (Un estudio sobre la soberanía del Rey en las Leyes Fundamentales). Edicusa Madrid, 1972 pág. 17 y ss.

³⁶ Groteffend: *Der deutsche Staatsrecht der Gegenwart* 1869.

Advirtamos que esta diferenciación, probablemente influida por la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material, no atañe al concepto de Constitución en sentido material estricto o Constitución sustancial. Esta última calificación aparece más tarde en nuestro siglo. Es una aportación de Schmitt, Smend y Mortati recogida en España³⁷.

En definitiva, el constitucionalismo liberal comprendió desde sus comienzos que era imprescindible formalizar, ordenar y articular dentro del documento constitucional, materias como la forma política monárquica o republicana, su organización territorial, derechos fundamentales. El artículo 16 de la Declaración de 1789 es al respecto emblemático. La separación de poderes no debe interpretarse en sentido mecanicista —como advirtió Kaegi³⁸—. La separación de poderes no es un dogma abstracto y rígido. Su significado consiste en la limitación de los poderes públicos para asegurar la dignidad y libertad humanas que son valores superiores del ordenamiento jurídico³⁹ y lo mismo ocurre con la garantía de los derechos fundamentales basados en la justicia y la libertad.

a) La separación de poderes posee carácter institucional. Este fue el hallazgo de Montesquieu. La idea es antigua. No es necesario repetir los nombres ilustres que la defendieron, sobradamente conocidos, lo que importa es que la relectura del autor del «Espíritu de las leyes» nos sugiere lo siguiente: no se trata sólo de una simple distribución de competencias entre los tres poderes, criterio organizativo-distributivo pues estaríamos ante una separación de funciones descrita por Aristóteles y establecida en la legislación fundamental del régimen franquista. Así, pues, la separación de poderes traza la divisoria entre los Estados absolutistas y los Estados liberales, entre los Estados demoliberales y los totalitarios. Todo ello es importante pero esa importancia se enaltece al comprobar su carácter institucional más que formal: Separación de poderes como institución al servicio de los valores que nutren a los derechos humanos.

³⁷ Pablo Lucas Verdú: «El pluralismo político-social entre la Constitución de 1978 y la Constitución sustancial» en «Revista de Política comparada» Universidad Menéndez Pelayo. Madrid 1982. «La Corona elemento de la Constitución sustancial española». «La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978». Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid 1983, pág. 223 y ss.

³⁸ Werner Kaegi: *Von der klassischen Dreiteilung zur umfassende gewaltenteilung (Ers-tate Formen, bleibende Idee-neue formen in Verfassungswirklichkeit*, en *Festschrift für Hans Huber zum 60 Geburtstag*. Verlag Stämpfli und Cie 1961.

³⁹ Pablo Lucas Verdú: «La *Pacem in terris* y la dignidad de la persona humana» en «Comentarios universitarios a la Encíclica *Pacem in terris*. Tecnos, Madrid, 1964, pág. 198 y ss.

b) De este modo comprobamos cómo la constitucionalización formal de los valores no es suficiente. Aclaremos, de inmediato, que los textos constitucionales anteriores a la Segunda Postguerra Mundial no la mencionan ya que se limitan a concretar la ideología demoliberal aunque tampoco utilizan el término ideología. Sucede no obstante que la ideología suplanta a los valores. Ello se debe a que el constitucionalismo anterior a 1945, se caracterizó por su agnosticismo y/o relativismo ante la cuestión y lo mismo pasa en la doctrina correspondiente. En efecto, los sociólogos de los años veinte, como Max Weber⁴⁰ y la mayoría de los iusfilósofos y de los constitucionalistas del período de entreguerras, mostraron una postura refractaria respecto al mundo axiológico.

2. Sigue

El lector interesado habrá comprobado la reiterada referencia a los autores encuadrados en la «filosofía de los valores». Así es, lo hago porque dicha corriente dentro de la cual se perciben tendencias y opiniones diferentes tuvieron el mérito de enfrentarse y corregir las tendencias positivistas y relativistas predominantes en Europa y, sobre todo, en Alemania. A ellos se debe el planteamiento de la axiología jurídica⁴¹ y en ellos también he encontrado sugerencias importantes.

Lo que interesa ahora es subrayar que la constitucionalización material (en sentido sustancial) en la medida que sostiene que los valores superiores tienen entidad propia y no dependen de si los constituyentes los mencionen o no en el articulado fundamental, puesto que ningún constituyente puede «crearlos» como una especie de Demiurgo. Entonces, el orden valorativo trasciende, para los creyentes, hasta Dios y para los agnósticos, escépticos y ateos aquel orden axiológico (*Wertordnung*) está en función de la dignidad humana considerada valiosa en sí y no como instrumento siguiendo la tesis kantiana de estimar al hombre como fin y no como instrumento. Así, pues, hay que afirmar que el encuentro con los valores desde el enfoque de la Constitución sustancial, no es un simple contacto con esos valores para insertarlos en un documento dotado de fuerza normativa según su propia legalidad (normatividad). Conforme a la regularidad y coherencia interna de ese instrumento constitucional y según el man-

⁴⁰ El profesor Alfredo G. Anabitarte en su estudio «Polémica sobre la figura y obra de Max Weber» en «Revista de Estudios Políticos». Centro de Estudios Constitucionales Madrid, n.º 138 pág. 186, recoge la opinión de Winckelman: Max Weber sustituyó la referencia axiológica por la referencia al sentido.

⁴¹ Me refiero al interesante estudio de José María Rodríguez Paniagua. «¿Derecho Natural o Axiología Jurídica?». Tecnos Madrid. 1981.

dato del artículo 9.^º que describe facetas características del Estado liberal de Derecho, porque hay algo más.

Ese *plus* trascendente que ilumina al constituyente son los valores, que tienden a realizarse a través del Texto Fundamental en la sociedad civil. Esta anhela el cumplimiento de los valores. Por lo tanto, el encuentro entre la dimensión axiológica y la empresa constituyente, rebasa la normativización e institucionalización de la materia constitucional. Le añade la justificación y legitimidad de la Constitución y sirve de referencia para su interpretación. Tal es el encuentro entre la Constitución como texto escrito, articulado con el orden estimativo. El resultado es que la Constitución escrita reconoce los valores superiores del ordenamiento jurídico y los protege, particularmente los derechos humanos que contienen y expresan valores.

El éxito del encuentro es significativo en los períodos constituyentes posteriores a vulneraciones de los derechos básicos, a la corrupción del derecho, al agnosticismo y relativismo morales, etc. Tales experiencias son bien conocidas en la historia, sobre todo en nuestros tiempos turbulentos. Probablemente reitero ideas anteriormente examinadas. No importa, porque el tema es capital. Por ello he introducido aspectos complementarios.

III. EXISTENCIA, VALENCIA Y ESENCIA DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES. POSIBILIDAD DE SU PERCEPCIÓN

1. Existencia y valencia de los valores

Aunque autores como Lotze, pionero en la investigación filosófica de los valores distinguieron entre existencia y valencia de los mismos, esta diferencia no fue aceptada por Scheler. Para él los valores son, existen, y no sólo valen. Aquí se percibe el influjo de la fenomenología husserliana que Max Scheler trasladó a la ética material del valor. Así la reducción eidética de Husserl consistió en captar el contenido esencial de lo dado como fenómeno, es decir lo puramente cualitativo, el ser así (*Sosein*)⁴².

⁴² Cfr. Schnädelbach anteriormente citado pág. 227.

Johannes B. Lotz⁴³ explica la interrelación entre el valer y el ser. En efecto, a su juicio, si se «...penetra hasta el ser metafísico con su absoluta necesidad implicada también en las cosas visibles en forma de leyes esenciales, anclar el valor en el ser, significa, justamente, afianzar su carácter absoluto. Más aún, se pone de manifiesto que el valor es uno de los trascendentales; visto desde su más íntimo núcleo, el ser es valioso; y el valor ontológico; separarlos sería aniquilarlos»⁴⁴.

Por consiguiente, el ser y la existencia de los valores armonizan. No es una contraposición lógica, sino una identificación entre el *ontos* de los valores y su *valencia*: determinados valores existen porque valen y valen porque existen. De este modo los valores descansan en la ontología y aquellos son conocidos inmediatamente por intuición emotiva. En cierto sentido los valores se sienten y son captados por una intuición esencial (*Wesensschau*) diferente al conocimiento mediante razonamientos o argumentaciones formalistas. Insistamos en que los valores no son «creados» por el constituyente y, por tanto le son dados. Tampoco, como vimos, una vez recogidos e inscritos en la Constitución, según los positivistas han de ser examinados sólo por la lógica técnico —jurídica pues los reduce a principios jurídicos desustancializados, desencionalizados, que no tienen que ver con afirmaciones deontológicas y menos aun con contenidos superiores del ordenamiento jurídico. Si no se admite esto es casi imposible entender lo que dice el artículo 1.º.1 constitucional. En efecto, ¿en qué consiste su superioridad respecto al ordenamiento jurídico?

Para el neopositivismo el encuentro entre la normatividad constitucional y la Constitución sustancial, no existe ni tiene que existir porque la dimensión axiológica es ficticia: depende de la intuición emocional que es jurídicamente irrelevante y, además, ¿qué es la Constitución sustancial? Viene a ser un ente fantasmagórico como escribió Laband⁴⁵. En todo caso interesará a la filosofía o a la sociología, pero son disciplinas distintas que no cuadran con el derecho constitucional ajustado al método jurídico. Así, no es posible una visión acertada del Estado de Cultura⁴⁶.

⁴³ No confundamos con Lotze. Cfr. su artículo «Valor» en «Diccionario de Filosofía» pág. 556.

⁴⁴ Pablo Lucas Verdú: «La justicia, fundamento axiológico del Estado de Derecho» en el homenaje colectivo al profesor Legaz Lacambra: «Luis Legaz Lacambra. Figura y pensamientos». Pág. 123 y ss.

⁴⁵ Paul Laband: *Le droit public de l'Empire allemand* (trad. francesa) V. Giard et Brière París 1900-1904.

⁴⁶ Enrico Spagna Musso: *Lo Stato di cultura nella Costituzione Italiana*. Morano Editore Napoli 1961 señala, en la pág. 17, que se opone tanto al formalismo jurídico

Por otro lado, argumentan que las referencias filosóficas anteriores podrán ser más o menos interesantes. Ahora bien, no dejan de ser extravagantes, se mueven en territorios ajenos al derecho tal como lo conciben: normatividad e institucionalidad pero ésta concebida como conexión de diversas normas que inciden sobre un mismo objeto. De este modo el encuentro entre normatividad y substancialidad constitucional carece de sentido. Ese encuentro no cuadra con el concepto completo del derecho. Así, la posibilidad de conocer los valores es inexistente, si el método produce el objeto de conocimiento como el neokantiano Kelsen afirma. A él sólo le interesa la expresión normativista. La pureza metódica se encargará de apartar los contenidos impuros, entre ellos los axiológicos.

2. ¿Es capaz, el derecho, de percibir los valores?

El profesor Rodríguez Paniagua⁴⁷ escribe: «No basta, sin embargo, con admitir la existencia de los valores y su peculiaridad. Es necesario, además, admitir su perceptibilidad. Y que los valores tengan una relación con categorías éticas y determinen el orden moral».

La proclamación de los valores en nuestra Constitución y su enunciación, carecería de sentido si estos no fueran percibidos por los constituyentes ni los percibieran los ciudadanos. El silencio ante ellos, y no digamos su negación, significaría incurrir en una especie de nihilismo moral dada la relación íntima que la axiología guarda con la ética. Pero afortunadamente, no ocurre así.

Nuestros constituyentes, prescindiendo de sus correspondientes ideologías y vinculación partidaria, aceptaron los valores que menciona la norma de apertura constitucional y el artículo 10.1. Los percibieron. No importa tanto ahora explicar esa aceptación recurriendo a la intuición eidética husserliana recibida por Max Scheler, como aclarada mediante el tiempo; concepto filosófico-jurídico estudiado por Husserl (junior) en un importante estudio⁴⁸ y aplicado con variantes por Häberle⁴⁹.

que iguala la evolución de la posición del Estado, respecto al campo cultural, como a una mezcla de la investigación histórica con la investigación jurídica.

Es menester establecer una síntesis. A mi juicio, no hay que olvidar que el Estado de Cultura se basa y refiere también a valores.

⁴⁷ J.M. Rodríguez Paniagua, ya citado pág. 144.

⁴⁸ G. Husserl: *Recht und Zeit, Fünf rechtphilosophische Essays* Frankfurt am Main. Vittorio Klostermann 1955.

⁴⁹ Peter Häberle: *Verfassung als öffentliche Prozess*, Duncker und Humblot. Berlín 1978, págs. 59 y ss.

Fue el tiempo de la transición a la democracia, tema sobre el que se han escrito numerosos estudios, tanto en España como en el extranjero, por lo general alabándola por su ejemplaridad.

Entonces, se percataron de la necesidad de iniciar el articulado constitucional con una rotunda afirmación de los valores como contraste al sistema de las Leyes Fundamentales del Régimen anterior que los ignoraba. Por consiguiente, en nuestro caso y al margen de que los padres de la Constitución contaron con un bagaje cultural notable pues entre ellos figuraba un filósofo del derecho, su percepción de los valores como entidades superiores es indiscutible. Cosa distinta es la concepción que de los mismos tenían⁵⁰ y su posición ante el Derecho Natural.

IV. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS VALORES COMO INTEGRADOR DEL ESTADO ESPAÑOL

1. Teoría de la integración del Estado y proceso de reconocimiento, e incorporación, de los valores al ordenamiento constitucional

Hace mucho tiempo que considero al maestro Rudolf Smend como uno de mis autores favoritos. He estudiado su pensamiento con interés y ha influido en mi formación constitucional⁵¹. La elección de autores para desarrollar el discurso propio, no depende, a mi entender, tanto de su notoriedad, novedad u originalidad de su obra. Me parece que mucho tiene que ver con la mentalidad y talante del que elige.

⁵⁰ Así la posición del profesor Peces Barba, uno de los redactores del borrador y del proyecto de Constitución, difiere de la mía. No me detengo ahora en exponer los puntos que no comparto.

⁵¹ Cfr. mi libro: «La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar (La Teoría constitucional de Rudolf Smend)» Tecnos Madrid 1987. La huella del pensamiento de Smend es patente en muchos de mis escritos.

En este caso mi identificación con Smend se debe a la admiración que me produjo su obra; a su formación intelectual y a sus creencias cristianas. Si como dijo Fichte el tipo de filosofía que se mantiene depende del hombre que se sea, algo semejante puede decirse también que el tipo respecto a la teoría del Estado y de la Constitución que se mantenga, depende de las lecturas que al autor le impresionaron.

Hecha esta «confesión» vamos a examinar el problema de los valores superiores desde el prisma de la integración estatal⁵².

La formación intelectual de Rudolf Smend está influida por varias corrientes y autores que convergen en su obra. Ante todo, el método fenomenológico encaminado a aprehender (*Verstehen*) los contenidos esenciales de las cosas⁵³.

Se advierte algún eco lejano del historicismo diltheyano y un afán «romántico», «restauracionista», como respuesta, de ningún modo reaccionaria a los momentos críticos de descomposición social de la República de Weimar.

El influjo mayor es de Theodor Litt (1880-1962). En éste la huella de Dilthey es mayor y posiblemente, el contacto de Smend con el autor de la «Introducción a las Ciencias del Espíritu» se debe a su maestro Litt⁵⁴. Aunque a Smend no se le puede adscribir plenamente a la filosofía de los valores, ello no implica que no tenga muy presente el contenido axiológico de los derechos fundamentales.

Advirtamos que el título de su obra más conocida es *Verfassung und Verfassungsrecht*. Esto significa que la Constitución es previa al derecho constitucional en tanto que la primera es la transcripción formal de la integración como se deduce de su concepto: «la Constitución es la ordenación jurídica del Estado; mejor dicho, de la dinámica vital en que se desarrolla la vida del Estado, es decir proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad del Estado, y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados en este proceso»⁵⁵.

⁵² A quien le interese la teoría de la integración estatal remito a las obras de Smend y a mi trabajo mencionado en la nota anterior.

⁵³ Cfr. sobre este punto: Norberto Bobbio: *L'indirizzo fenomenológico nella filosofia sociale e iuridica*. Università di Torino 1934. Es un escrito juvenil. Las observaciones sobre Smend son pocas y no captan su sentido.

⁵⁴ Theodor Litt: *Individuum und Gemeinschaft*. Leipzig 1924, 3.ª ed. 1926.

⁵⁵ Rudolf Smend: «Constitución y derecho constitucional» (trad. J.M. Beneyto) Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985, pág. 168.

Lo que me importa ahora subrayar es que los neoconstitucionalistas parten del derecho constitucional y en sus tratados y manuales incluyen la noción de Constitución. De esta forma la Teoría de la Constitución carece de sustantividad llegándose a la conclusión que su concepto es subsidiario del Derecho Constitucional: No es, a mi juicio, la Constitución para el derecho constitucional, sino al revés: el derecho constitucional para la Constitución.

Corresponde, como es sabido, a Carl Schmitt la reivindicación de una Teoría de la Constitución como disciplina sustantiva aunque su concepto de aquella no lo compartimos. Su caracterización decisionista se resiente de un positivismo existencialista. Con todo, es innecesario subrayar la importancia capital de esta obra.

Por ello, cuando Smend introduce el concepto substancial de la integración del Estado y, a su vez, cuando apunta los contenidos axiológicos de los derechos humanos, encontramos una realidad político-social vital, dinámica, distinta de las versiones formalistas, tal vez didácticas pero insuficientes. Ahora bien, ¿puede ocurrir que la subsunción de la Constitución en el derecho formalizado que transcribe, de modo articulado, la integración estatal, se evapore, se convierta en fantasma (Laband) y se ignore el *tener* y *estar* en la Constitución?

Lo anterior no significa que suprimamos el derecho constitucional entregándonos a devaneos filosofizantes y/o sociologizantes. Lo que me interesa es subrayar que el derecho constitucional, sin mengua de su dogmática correspondiente, no se desustancialice y/o desencialice. En este sentido las diversas formas integradoras explicadas por el maestro alemán, contribuyen a una comprensión más profunda del derecho constitucional, determinada por la Constitución sustancial, inspirada en valores. De este modo, la Constitución y el derecho constitucional expresan la idea anterior. En conexión con lo anterior encontramos autores clásicos como Montesquieu que emplearon el término espíritu, «Del espíritu de las leyes»; y Ancillon: «El espíritu de las Constituciones»; del mismo modo Ihering: «El espíritu del derecho romano». Estos autores no discurren refiriéndose a un ente fantasmagórico, sino a una realidad correctora de abstracciones o interpretaciones artificiosas porque todos ellos tuvieron bien presentes factores reales y vitales, por ejemplo: La Constitución inglesa; el interés y la lucha por el derecho y, en el caso de Smend, la Constitución como integración.

Mediante la constitucionalización como integración de los ciudadanos se van asumiendo los valores capitales que fundamentan e inspiran, a la comunidad estatal. De este modo, el reconocimiento por la ciudadanía de valores

superiores motivado por su *vis* atractiva y percibidos emotivamente (sentimiento constitucional) operan eficazmente para integrar el Estado⁵⁶.

2. Periodización de la constitucionalización de los valores superiores como integración estatal

Ya vimos que la periodización es rasgo de todo proceso político. Por consiguiente, cabe decir lo mismo respecto a las fases constitucionalizadoras de los valores superiores. Estos no se descubren por ejemplo, mediante una adivinación de un *aurispice*. No estamos ante fórmulas mágicas que pueden bajar a la tierra del cielo. Por el contrario, recogen unas fases determinadas. Aquellos pasan a través de la confluencia, o encuentro entre el mundo axiológico y el orden constitucional. Hay valores que tardan más que otros en realizarse y, además, la enunciación de valores que hace nuestra Ley Fundamental no es *numerus clausus*, sino *apertus*, lo cual coincide con su carácter abierto⁵⁷. Para quienes como Kelsen, mantienen una cosmovisión relativista todo esto carece de sentido⁵⁸. En cambio, su discípulo Alfred von Verdross⁵⁹ reconoce el campo axiológico.

Recordemos que Ihering⁶⁰ describió, magistralmente, el paso del derecho consuetudinario al derecho escrito; la transformación de la etapa ingenua

⁵⁶ Cfr. mi libro: «El sentimiento constitucional. Ensayo sobre el sentir constitucional como medio de integración política» Editorial Reus Madrid 1985. Me interesa aclarar que las ideas desarrolladas en el texto, se inspiran en la relectura del maestro alemán de modo que no se encuentran en su obra principal. Lo mismo digo respecto a los epígrafes míos que siguen.

⁵⁷ Pablo Lucas Verdú: «La Constitución abierta y sus enemigos» Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense Madrid, 1993.

⁵⁸ H. Kelsen: «¿Qué es Justicia?» Edición y trad. de Alberto Casamiglia-Ariel Barcelona-Cárcas-México 1982 págs. 45, 46, 59, 36 Cfr. lo que dice sobre el relativismo axiológico y el supuesto escepticismo, el traductor Casamiglia pág. 9 y ss.

⁵⁹ Alfred von Verdross: «La filosofía del derecho del mundo occidental». (trad. de Mario de la Cueva. UNAM-México 1983 págs. 308 y ss. Expone, magistralmente, la filosofía de los valores. Además, Cfr. págs. 327 y ss. Por último, conviene leer las consideraciones que hace en los capítulos XXXVII y XXXVIII. En la pág. 401 confirma que el pensamiento de Kelsen puede ser «...compatible con una doctrina que no presuponga la norma hipotética, sino que postula, como principio fundamental, la concordancia entre el derecho positivo y la idea de justicia, particularmente con la idea del derecho natural.

⁶⁰ Rudolf von Ihering: *L'esprit du Droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. francesa de O. de Melenaure) *Troisième Edition, revue et corrigée*. Tome Deuxième Forni Editore Bologna, 1969 pág. 35, Sección I *Origines du droit écrit* 5 29.

o inocente de la costumbre a la escritura. Mas cercano al asunto que nos preocupa son las conocidas fases que originó el Estado ante la presencia y actividad de los partidos políticos descritos por Henrich Triepel⁶¹ y perfeccionada después por Biscaretti di Ruffia⁶².

La progresiva constitucionalización de los partidos marcha paralelamente a la mantenida por el Estado respecto a los sindicatos y a la huelga, es decir se ajusta a las tres fases señaladas y analizadas en su discurso de toma de posesión del Rectorado de la Universidad de Berlín, referida sólo a los partidos políticos. Como es sabido distingue las siguientes fases: *Bekämpfung* (hostilidad); *Ignorierung* (desconocimiento) *Legalisierung* (legalización, control externo); *inkorporierung* (constitucionalización).

No es menester subrayar que en la presente situación el Estado controla sus estatutos, su ideología y actuación, vigilando si se conforman al ordenamiento fundamental y en caso necesario procediendo a su ilegalización. Además investiga sus finanzas. En realidad los partidos políticos contemporáneos burlan muchas veces esos controles.

Salvando las distancias y subrayando que la constitucionalización de los valores versa sobre una realidad sociopolítica, las fuerzas políticas, la constitucionalización de la dimensión axiológica ha recorrido, tanto en la práctica como en la doctrina y aun en la jurisprudencia, un itinerario parecido. Por lo tanto, cabe hablar de una contraposición frente a los valores, específicamente en los Estados totalitarios y doctrinalmente en las posiciones, ya en el ámbito demoliberal, de Kelsen, del primer Radbruch, en Schmitt y Forsthoff. No obstante, la lucha contra la tiranía de los valores, no es compartida por todos y en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, se superó la ignorancia, más o menos desdeñosa, respecto a la cuestión. Se ha producido, como sucede en nuestra Constitución, una incorporación de aquellos a nuestro ordenamiento fundamental y, en consecuencia, a sus concreciones legislativas.

Aquí podríamos decir que lo mismo que ocurre respecto a realidades político sociales (partidos sindicatos, derecho a la huelga) y a los nuevos de-

⁶¹ Heinrich Triepel: «*Die Staatsverfassung und die politischen Parteien Berliner Rektoratsrede* del 3 de agosto de 1927 págs. 29 y ss.

⁶² Paolo Biscaretti di Ruffia: «Derecho constitucional» (trad. y estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú). Tecnos Madrid 3.ª Ed. 1987 (hay ediciones italianas posteriores) págs. 772 y ss.

rechos de índole social (Capítulo III, Título I «Principios Rectores de la Política Social y Económica»), la normatividad constitucional sigue un ritmo de acomodación a esas realidades muy lento, y esto ha ocurrido también en el campo de la Axiología constitucional.

V) LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS VALORES, FUNDAMENTO Y DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. ¿Tridimensionalismo de la Constitución española?

Según todo lo anterior cabe plantearse la aplicación de la conocida tesis mantenida por el iusfilósofo Miguel Reale⁶³ que coincide, con innovaciones suyas, con las posiciones anteriores de Vanni, del Vecchio y de otros autores.

Esta doctrina estriba en una posición metodológica. En lugar de examinar el derecho y el Estado desde una perspectiva unidimensional, considerada a todas luces parcial: normativista, sociológica y estimativa, se esfuerza en contemplarlos según estos tres enfoques: lógico, sociológico y valorativo. El resultado de esas tres investigaciones nos daría una visión completa del derecho.

Se parte, así del rechazo de un método monista unidimensional. Ello en el fondo entraña que ninguna de estas investigaciones por sí solas pueden ofrecer lo que es por completo el derecho. La teoría tridimensional añade al dualismo de Jellinek, la teoría de las dos facetas del Estado (jurídica y sociológica), la investigación ideológica (*Norm, sozialer Tatsache, Ideologie*). Advertimos que aquí este asunto se refiere a la ideología y no a los valores en la posición de Nawiasky.

Los mantenedores de la Teoría tridimensional subrayan tanto la interdependencia como la complementariedad de las tres investigaciones: el derecho no puede explicarse si se pretende obtener una visión completa del mismo, siguiendo sólo y aisladamente cualquiera de esas investigaciones como afirmamos antes.

⁶³ Miguel Reale: *Teoría tridimensional do direito* Saraiva São Paulo 1980.

El tridimensionalismo del derecho⁶⁴ me parece en principio aceptable. Presenta aspectos positivos y otros más discutibles. Vamos a examinarlos:

a) Aspectos positivos del tridimensionalismo

Ante todo, ofrece un cuadro corrector del positivismo jurídico, de su posición unidimensional como se infiere de cuanto hemos señalado en páginas anteriores. Además, aunque no sea argumento en su favor, tiene un alcance didáctico indudable sobre todo para quienes se inician en el campo jurídico. De todos modos la claridad expositiva debe agradecerse. Es un deber académico que señala la convicción firme de sus defensores. Por otro lado, sus representantes son juristas eminentes que no pueden desdeñarse. Claro está que la argumentación *ad hominen* no es siempre decisiva. Es obvio que entre sus críticos figuran personalidades no menos importantes.

b) Aspectos negativos del tridimensionalismo

La crítica de esta postura apunta su obviedad, lo cual significa carencia de profundidad. Ahora bien, esta obviedad, no impide que en alguna medida quepa un examen profundo de las tres investigaciones y entonces la objeción se desvanece. Sólo señalando que el derecho puede examinarse desde cualquiera de esas perspectivas, los sociólogos y politólogos muestran una visión realista del derecho; los normativistas dirán, a su vez, que la única perspectiva para averiguar qué sea el derecho, es la que se logra mediante las normas y los filósofos del derecho y los juristas que admiten la dimensión valorativa, mantendrán que la investigación más correcta es la suya. Así el estudio del derecho se fragmenta incorrectamente. En este sentido, el método neokantiano que utiliza Kelsen y su escuela, intenta reducir ese fraccionamiento mediante la interdependencia y coherencia lógica dentro del plexo normativo y siguiendo a Kelsen reproducirán su acerada crítica contra la *Zweisetentheorie* del Estado, la teoría de las dos facetas (sociológica y jurídica) del Estado de Jellinek. Si según el tal crítica es inadmisibles esa posición, a mayor abundamiento lo será la teoría tridi-

⁶⁴ En mi «Estimativa y Política constitucionales. Los valores y los principios rectores en el ordenamiento constitucional español». Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid 1984 pág. 65, he expuesto, gráficamente, cuatro dimensiones de la Constitución española: estimativa, ideológica, historicista y condicionamiento —no determinación— socioeconómica.

mensional del Estado. En definitiva, si aplicamos lo que escribí, en 1994⁶⁵ al explicar la encrucijada con que hoy se encuentra la Constitución: estudiada según las directrices neopositivistas o analizada según la perspectiva substancialista, también ahora se replantea, empero con estas características: los neopositivistas niegan ese *bivium*, la aparición de dos senderos, de modo que hay que optar por uno u otro. Sólo hay un sendero, el que se ajusta al método jurídico concebido de modo formalista. En cambio, el tridimensionalismo topa con tres caminos, *trivium*, que lejos de extraviarle pretende recorrer los tres, haciéndolos compatibles. No se me oculta que los caminos del tridimensionalismo podrían enloquecer al investigador como al animal salvaje en una jaula triangular que da vueltas y vueltas intentando escapar. Pero esto no es objeción certera. Más bien es teoría, con agudo sentido metafórico.

He de añadir que el interrogante que plantea se puede contestar así: en la medida que el tridimensionalismo añade, a la investigación definitoria del derecho; a su base sociológica y al método comparado, la investigación deontológica, estimativa, axiológica, corrige el unidimensionalismo monolítico del neopositivismo. Siempre, claro está, que esa triple investigación sea coherente y armónica. El derecho, el mundo cultural al que pertenece, no pueden comprenderse unilateralmente. Si no percibimos junto a la normatividad su base socioeconómica y su vertiente estimativa, perdemos su significado completo ya sea porque el derecho se agota en la normatividad, ya sea porque ésta ahoga las relaciones sociales en las normas olvidando su contenido.

2. El artículo 1.º.2.º como norma de apertura constitucional conforme a los valores

Sobre este epígrafe no voy a extenderme mucho porque ya lo hice en otros escritos⁶⁶. Por tanto añadiré algo que corrobora y amplía lo que escribí.

Ante todo, nuestra norma de apertura constitucional, se abre a los valores; establece la dimensión axiológica de nuestro ordenamiento fundamental. Una interpretación precipitada de aquel precepto se apoyaría en que el dic-

⁶⁵ Pablo Lucas Verdú: «La Constitución en la encrucijada (Palingenesia iuris politici). Discurso de mi recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de 7 de julio Madrid 1994.

⁶⁶ Pablo Lucas Verdú: «Curso de Derecho Político» Vol. IV Tecnos Madrid 1984 y «Comentario del artículo 1.º» en la obra dirigida por Oscar Alzaga Villaamil. Cortes Generales. Edersa 1996.

tado del mencionado artículo se refiere a valores superiores *de* su ordenamiento jurídico y no *a* su ordenamiento jurídico. Considero que esa exégesis no es cierta porque dicha norma de apertura constitucional se menciona no sólo formalmente, sino también materialmente en el artículo 10.1 cuando afirma, rotundamente, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Por consiguiente, a mi juicio, el mencionado precepto es la norma fundamental de nuestro ordenamiento constitucional. Me parece innecesario aclarar que la concibo de modo diametralmente opuesto a la *Grundnorm* kelseniana⁶⁷.

La dignidad humana⁶⁸ es un valor capital para la religión, para la ética y el derecho concebida como anterior, superior y condicionante de la convivencia. Como dicen Böckle y Höver⁶⁹. «Los derechos humanos no son meros llamamientos morales sino exigencias de justicia». «...el *ethos* de los derechos humanos no es propiamente un *ethos* del amor al prójimo y de la ayuda humanitaria, sino un *ethos* de la justicia. La hermeneútica especial de este *ethos* es el concepto normativo de la democracia moderna» y añaden «...los nuevos planteamientos postconciliares de una fundamentación teológica de los derechos humanos, se basan en la idea de persona. Esta idea se profundiza en parte en la teoría de la Trinidad a través de los elementos interpretativos de Creación (a imagen de Dios), Encarnación (igualdad de todos los hombres) y misión del Espíritu Santo (continuación de la obra de liberación)».

La tradición judeo-cristiana y la teología protestante, sostienen puntos de vista semejantes y autores no cristianos, sea inspirándose en la ética kantiana o indiferentes a postulaciones religiosas, defienden la dignidad del hombre como principio básico. Por lo tanto, hay que afirmar que la Constitución y el derecho

⁶⁷ Certeramente Rodríguez Paniagua, anteriormente citado pág. 188, escribe: «... “la norma hipotética fundamental” que se coloca como clave del ordenamiento jurídico, denota en su misma calificación de “hipotética” que renuncia a ser auténtica fundamentación».

⁶⁸ Aquí, reflexionando sobre las sugestivas consideraciones que hace mi amigo, el profesor Gottfried Dietze en su: *Bürde, Würde en Politische Lagenalyse. Festschrift für Hans-Joachim Arndt*. San Casiano Verlag 1993, sobre la antítesis *Würde-Bürde*, dignidad y carga, pesadilla, he desarrollado mi punto de vista sobre el asunto.

⁶⁹ Franz Böckle y Gerhard Höver: Artículo: «Dignidad humana y derechos humanos» en «Diccionario de conceptos teológicos». Dirigido por Peter Eicher. Editorial Herder Barcelona, 1989. Vol. 1.º pág. 236.

constitucional se han hecho para el hombre y no al revés. Los derechos humanos, una vez reconocidos, se protegen constitucionalmente, garantizan los aspectos objetivos, reales, las esferas de libertad individual; expresan una decisión valorativa, una decisión sobre un determinado bien digno de protección constitucional⁷⁰.

VI. ESTADO DE DERECHO Y VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. El Estado de Derecho, término convencional trivializado

En nuestros días se habla mucho de Estado de Derecho. Basta consultar los medios de comunicación que recogen constantes referencias a respetar y defender el Estado de Derecho, sea contra el terrorismo ejercido desde hace años por grupos extremistas, sea frente al terrorismo de Estado que ha provocado grave crisis en España; ¿Pueden utilizarse métodos violentos para combatirlos y suprimirlos? Evidentemente no. El uso de medios no ajustados a la juridicidad estatal supondría la desaparición del Estado de Derecho. El Estado seguiría pero no ajustado al Derecho.

La afirmación de Max Weber: el Estado es el monopolio legítimo de la violencia, es aceptada en cuanto introduce el concepto de legitimidad. Ahora bien, el escepticismo del maestro alemán ante los valores y su tesis respecto a la objetividad en las ciencias sociales⁷¹ no ayuda a nuestra posición. Aunque el estudio weberiano del concepto de legitimidad es de obligada referencia⁷² el hecho

⁷⁰ Como escribe Peter Badura, ya citado, pág. 73.

⁷¹ Max Weber; *Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozial-politische Erkenntnis. Der Sinn der «Wertfreien» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (1904 y 1917/18 trad. española: «Sobre la teoría de las ciencias sociales». Península 2.ª ed. Barcelona 1974. «El político y el científico» (Introducción de Raymond Aron) Alianza Editorial Madrid 1996.

⁷² La bibliografía sobre el concepto, contenido y funciones de la legitimidad, es muy extensa. Aquí nos limitamos a mencionar el libro de Consuelo Martínez Sicluna: *Legalidad y legitimidad: La teoría del poder*. Ed. Actas 2.ª Ed. 1991.

es que el autor de «Economía y sociedad» enfoca la legitimidad desde el ángulo sociológico exento de valoraciones.

Es evidente que las ciencias sociales cuentan con su propia metodología. En este caso, la de Weber se apoya en la filosofía del *Verstehen*, de la comprensión de los fenómenos sociales. Estos han de captarse, y explicarse, siguiendo sus conexiones reales aprehendidas por el intelecto. No es menos cierto que la mezcolanza y/o yuxtaposición de perspectivas metódicas es improcedente. Empero todo ello no significa que no existan otros enfoques, perfectamente científicos, para entender conceptos y realidades que como las jurídico políticas requieren la ayuda de la axiología jurídica⁷³. El término Estado de Derecho es una expresión prestigiosa y estética. Tiene prestigio tanto por su origen filosófico político, que parte de Kant como es sabido, y se formaliza, como también es notorio, por Robert Mohl. Es también estética porque en Alemania con un sólo término, *Rechtstaat*, se manifiesta un principio básico que inspira y rige la organización y funcionamiento del Estado; exige la limitación de sus poderes (separación de los mismos) y tutela de los derechos fundamentales. Es un triunfo del derecho sobre el poder absoluto, tiránico y desaforado. También la expresión en lenguas románicas, Estado de Derecho, con mayúsculas, que enlaza la preposición, es brillante. Es un triunfo del liberalismo contra el despotismo y la arbitrariedad. Con una sola palabra, en Alemania, y en otros países europeos se expuso, diafanamente, un objetivo importante en la cultura político-constitucional continental.

No es menester señalar que la idea de asegurar la libertad apareció mucho antes en el Reino Unido mediante el *rule of law* basado en larga tradición consuetudinaria influida por el *common law* aplicado por los jueces, cuyas bases iusnaturalistas son innegables. En los Estados Unidos el *due process of law*, aparte de sus orígenes británicos, cumple una misión semejante⁷⁴.

⁷³ Sobre el método técnico-jurídico remito a mi escrito: «La Constitución en la encrucijada». Leer pág. 75 y ss. No hay duda que es necesario este método y su correspondiente dogmática. Sin embargo, conviene recordar la referencia a la realidad social en que se aplican «las normas», el espíritu que las anima y la finalidad a que tienden (art. 3.º.1 Código Civil). Así no se incurre en una técnica formalista que se desentiende de los valores. No hay que olvidar el carácter constitucional del precepto señalado del Código Civil.

⁷⁴ Sobre el *rule of law* Cfr., mi «Lucha por el Estado de Derecho», Cit. Recordemos que el artículo 117.1 CE dispone la sumisión de los Jueces y Magistrados al *imperio de la Ley*. A su vez, el 9.º.1, establece la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. También el Preámbulo habla del imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Entre la

Aunque el Estado de Derecho y el *rule of law* sean términos lingüísticos diferentes, su contenido y finalidad es la misma, salvando naturalmente matices debidos al genio y tradición de los países anglosajones y al talante europeo continental. Su objetivo es reconocer y garantizar la dignidad y libertades cívicas.

Ahora bien, el prestigio y el alcance estético del Estado de Derecho son amenazados por las todavía frecuentes violaciones de su espíritu y contenido dado que la naturaleza humana es falleciente. Por eso, los instrumentos constitucionales parten de que el hombre no es malo por naturaleza pues si así fuera las Constituciones no servirían para nada y la lucha por el Estado de Derecho se frustraría a no ser que prosperase una revolución como en Gran Bretaña o EE.UU., independencia y revolución combinadas, o en Francia desvirtuada por el terror.

Si, por el contrario, se considera al hombre bueno por naturaleza, las Constituciones no serían necesarias o desempeñarían otro cometido: coordinar mejor la convivencia feliz y pacífica de sus destinatarios para conseguir bienes y mejoras.

En cambio, si partimos de la concepción del hombre falleciente (Hauriou) entonces se comprende la necesidad imperiosa de la Constitución con sus derechos, libertades y con los deberes que exige. Así, pues, entre el optimismo antropológico y el pesimismo antropológico, se sitúa la tesis del hombre falleciente cuyo fundamento se encuentra en la teología (Pecado; Encarnación de Dios; Redención y Salvación del género humano)⁷⁵. Hemos dicho que el Estado de Derecho es un tema convencional y esto por varias razones:

a) Lo es porque doctrinalmente su estudio es indispensable en los tratados y manuales de nuestra disciplina. En ese orden de cosas, las relaciones entre el Estado y el poder se conexionan con el derecho mediante el encauzamiento de la energía política y estatal, utilizando, las pautas y exigencias de la juridicidad; es decir delimitando mediante normas e instituciones y asegurando los derechos humanos, la presión real o posible de lo que podríamos llamar la *po-*

literatura más reciente Cfr. *The rule of law*. Edited by Jan Shapiro, Yale University. New York University Press. New York and London 1994. Colaboran: Jean Hampton, Catering Valcke, Michael P. Zuckert, Robert A. Burt, Michael Walzer, Lawrence B. Solum, Stephen Macedo, Russell Hardin, David Schmidtz, Jack Knight y James Johnson, Ricard Flathman y, por último, Gerald F. Gaus.

⁷⁵ Cfr. Mi trabajo: «Supuestos antropológicos de la Teoría de la Constitución» en «Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas» año XLVM, n.º 72 Curso Académico 1994-1995 Madrid 1995 pág. 81 y ss.

derosidad. Esta ha de conducirse a través de cauces normativos-institucionales que cuadren con el espíritu que anima al Estado de Derecho. Advirtiendo que el derecho es un punto de vista sobre la justicia (Legaz Lacambra) no sólo se corrigen posibles desviaciones, además, se supera la excesiva formalización del Estado liberal de Derecho.

b) Es convencional no en sentido negativo sino al contrario: como convicción de muchos. El Estado no debe ser el monstruo más frío de los monstruos como afirmó Nietzsche. Ni contemplarlo como mal absoluto sino concebirlo como mal necesario dada la naturaleza humana falleciente. Hay que impedir las tendencias al abuso mediante cautelas convenientes basadas en la experiencia política multiseccular. La experiencia nacional-socialista es suficiente para demostrar que la ruptura del Estado de Derecho produjo la perversión de todo el ordenamiento jurídico.

c) Cosa muy diferente es que esa convicción respetable se tuerza mediante la trivialización del significado valioso del Estado de Derecho. Las fases que ha recorrido (Estado liberal-burgués de Derecho, Estado social y democrático de Derecho) revelan una continua lucha por su perfeccionamiento, sea introduciendo instituciones que lo completan como los Tribunales Constitucionales que lo coronan, sea modificando su base social inicialmente al servicio de la burguesía, sea abandonando el agnosticismo estimativo, sea reconociendo y garantizando nuevos derechos humanos.

Ello entraña la gran responsabilidad que los constitucionalistas contraen con sus alumnos si dedicasen escasas consideraciones y atención a este tema capital, despreciando, o silenciado, el contenido ético que conlleva. Ello corrobora lo que afirmaba: la lucha por el Estado de Derecho continua.

2. Tener y estar en un Estado de Derecho. Concepto de; sobre y contenido esencial del mismo

Voy a desarrollar, en ajustada síntesis, lo que expuse en otros trabajos⁷⁶ referidos a la Constitución pues sirven también para este estudio. No es menester recordar que sobre el Estado de Derecho se han derramado torrentes de tinta. Lo que aquí me interesa es exponer, en primer lugar, lo que significa *tener* Estado de Derecho.

⁷⁶ Cfr. mi «La Constitución en la encrucijada», ya citado pág. 37 y ss.

Suele afirmarse que una cosa es decir que todo Estado *tiene* un derecho, un ordenamiento jurídico y otra muy distinta que *sea* Estado de Derecho⁷⁷. No es menester detenerse en explicar cuestión tan obvia aunque ofrece una clara intención didáctica.

La mayoría de las Constituciones del mundo euroatlántico se inspiran en la idea y contenido del Estado de Derecho aunque no lo mencionan. Lo importante es que la organización y funcionamiento estatales, la garantía de los derechos fundamentales se ajuste a dichos postulados. Es sobradamente conocido que se han dado Constituciones, y existen todavía flamantes textos fundamentales que no se ajustan a esos postulados. Recordemos la clasificación afortunada de Loewenstein, inspirado por Lassalle: Constituciones normativas, nominales semánticas. Es evidente que *tienen* Estado de Derecho, aunque no lo mencionen. Empero es ficticio ya que en realidad *no están* en Constitución puesto que sus destinatarios sufren esa carencia. No son auténticos ciudadanos, son súbditos.

Por lo tanto, es importantísimo que el Estado de Derecho escape de la carencia frustrante *estando* también en Estado de Derecho. Significa no sólo que la Constitución mencione el término, ajuste la organización y funcionamiento del Estado a las exigencias del *Rechtsstaat*; posea procedimientos cautelares formales y contenga una tabla de derechos; han de realizarse sus contenidos y, por supuesto, los valores que le informan y justifican. Así el *tener* y *estar* en Constitución cobran pleno sentido. Lo contrario sería un sarcasmo, un modo perverso de enmascarar el poder omnimodo de un dictador, de un clan o de un grupo, detentadores de toda la maquinaria y recursos estatales para dominar al pueblo.

De lo anterior se deduce que el *tener* Constitución se realiza mediante el *estar en Constitución*. Aquel *tener* es mera retórica si no se *está en Constitución*. Caso singular es Gran Bretaña que no cuenta con un instrumento de gobierno como en la dictadura de Cromwell y, sin embargo, *está* en Constitución hace siglos⁷⁸.

⁷⁷ Mi antiguo alumno y paisano el profesor Elías Díaz suele reiterar esta ingeniosa expresión.

⁷⁸ Tal vez la distinción entre *Konstitution* y *Verfassung*, usada en el siglo pasado en Alemania, podría examinarse desde la disyunción *tener* y *estar* en Constitución. Lo mismo podría aplicarse a las Constituciones otorgadas y pactadas considerando la posición del monarca *en* o *fuera* de la Constitución con la consecuencia que los súbditos *tendrían* pero no *estarían* en aquella y, por tanto serían más súbditos que ciudadanos.

Al configurar al Estado según el Derecho, al constituirse como *Rechtsstaat* se produjo una transformación capital en aquél. En primer lugar mediante la ideología del individualismo liberal en Francia y luego en parte de los países continentales europeos, aunque todavía andan a ciegas ante los valores y/o desconocen el espíritu y finalidad de los derechos humanos. Después, los constituyentes se percataron de las exigencias socioeconómicas de los estratos desfavorecidos y los reconocieron e incorporaron a los documentos constitucionales. No hay que despreciar el legado liberal en cuanto a los derechos y garantías individuales que todavía figuran en la tabla de derechos de las Constituciones actuales. No obstante, estas se referían al hombre *uti singulus*. Fue menester añadir los derechos, que le son también inherentes, *uti socius*. Así, el Estado social de Derecho (acuñado por Heller) completó el cuadro. Dicho de otro modo: el Estado liberal burgués de Derecho supuso acercarse al contenido de *estar* en Constitución al transformarse en Estado social de Derecho. Significó reconocer y propugnar los valores de la justicia social y de solidaridad entre los ciudadanos entre las regiones y nacionalidades que integran el Estado autonómico (artículos 138.1 y 2; 156 y 158.2).

En definitiva, el *tener* y *estar* en Estado de Derecho implica la integración de los españoles y de las Comunidades Autónomas, no sólo en el ámbito socioeconómico, además en las interrelaciones de los ciudadanos y entre las formaciones sociales en que se desarrolla, libremente, su personalidad (art. 2.º de la Constitución italiana, 10.1; 25 y 45 de la española).

El discurso anterior intuye el contenido esencial del Estado social de Derecho, camino a un Estado democrático de Derecho. A mi juicio este último todavía no se ha realizado. La Constitución lo menciona pero todavía es menester corregir algunos residuos del Estado liberal burgués de Derecho. El Estado democrático de Derecho es, pues, una meta a conseguir ampliando los objetivos del precepto capital, el artículo 9.2, inspirado por el 3.2 italiano.

3. La lucha por el Estado de Derecho todavía no ha terminado

Acabamos de decirlo, al final del epígrafe que precede y en páginas anteriores. Pero conviene precisar más.

La primera cuestión es esta: ¿Porqué utilizo en mis escritos el término *lucha*? Ignoro si este asunto puede interesar. De todos modos lo que sigue merece alguna consideración.

La denominación lucha, aplicada en el contexto jurídico, se debe al insigne Rudolf von Ihering autor de un conocido libro⁷⁹, menos importante, comparado con su inmortal obra «El espíritu del Derecho Romano» donde cabe rastrear el sentido que atribuye a esa *Kampf* que podría interpretarse como una aportación belicosa correspondiente al sentido sociológico (Oppenheimer, Gumplowichth Ratzenhofer), autores centroeuropeos y el ruso Novikov que la aplicó a la política internacional. Estos autores se adhirieron al darwinismo social, mezcla de términos biológicos, raciales y sociales. No es menester referirse a la lucha de clases concepto capital del marxismo-leninismo. Tampoco debe confundirse con la oposición política, rasgo de la democracia. La literatura sobre la lucha: lucha de poderes, lucha de clases, lucha de razas, es enorme y sus precedentes filosóficos datan de Heráclito. Lo que importa es apuntar su significado en el ámbito jurídico-político. En Alemania se utilizó el término *Kampf* en autores de la Escuela del derecho libre desde finales del siglo pasado y principios del actual.

Fue, en cambio, en el atormentado período weimariano cuando aparecerán diversos trabajos como el de F. Freiherr Marschall von Bieberstein: *Von Kampf des Rechtes gegen die Gesetz* (Verlag von Kohlhammer. Stuttgart 1927).

Ahora bien, la lucha por el Estado de Derecho no hay que concebirla como una guerra total, idea schmittiana, como una contraposición existencial irreductible entre amigo-enemigo⁸⁰ aplicada por autores reaccionarios que luego fue tomada como lucha total contra el liberalismo, el socialismo, el comunismo, etc. Encuadra dentro del concepto dinámico del derecho y, en consecuencia, del esfuerzo de configurar al Estado según el derecho y los valores que le fundamentan. Esta lucha es incesante y aun no ha terminado como corroboran las fases de su desarrollo. No ha acabado porque han surgido obstáculos que es imprescindible remover (art. 9.^o.2) para conseguir una sociedad democrática avanzada⁸¹. La aparición de nuevas formas de opresión y de corrupción, las disfuncionalidades de los poderes estatales lo confirman. Es cierto que el Estado social y democrático de Derecho manifiesta, rasgos utópicos, pero las utopías de hoy pueden realizarse con el tiempo. Algunas metas se tenderán a consolidar y surgirán nuevos objetivos que cumplir y así sucesivamente.

⁷⁹ Rudolf von Ihering: «La lucha por el derecho». Versión española de Adolfo Posada. Prólogo de Leopoldo Alas (Clarín). Librería General de Victoriano Suarez. Madrid 1921. Conviene señalar el influjo de Darwin en esta obra de Ihering.

⁸⁰ Carl Schmitt: «El concepto de lo político en "Estudios Políticos"». Cultura española Madrid 1941 (trad. Francisco Javier Conde, Cfr. el análisis que hago de esta tesis en mis «Principios de Ciencia Política» Tomo I Tecnos Madrid 1969, págs. 111-113.

⁸¹ Pablo Lucas Verdú: «Curso de Derecho Político» Cit. Vol. IV pág. 441.

Una Constitución no es un balance de las metas obtenidas como sostuvo la doctrina soviética antes de la desaparición de la URSS. Tampoco estriba en una retórica ingenua condenada al fracaso. Entre el envanecimiento irreal y las promesas incumplidas hay una posición intermedia, más realista, que pretende transformar el pasado y encaminarse, con paso firme, al futuro.

VII. EL ESTADO DE DERECHO EXAMINADO DESDE EL IUSNATURALISMO CRÍTICO

1. El iusnaturalismo como consideración estimativa del Estado de Derecho

El derecho natural tiene una estrecha relación con la axiología jurídica. En efecto, según la tesis tridimensional del derecho, la dimensión valorativa completa las otras dos: la lógica, en cuanto búsqueda del concepto del derecho; la fenomenológica en cuanto análisis sociológico y de derecho comparado. El estudio de la juridicidad según el enfoque lógico excluyente de sus condicionantes, conduce a considerarla como una geometría o matematización: *methodo geometrico demonstrata*, con sus postulados, teoremas y escolios. Algo semejante a la *ethica methodo geométrico* de Spinoza y a los esfuerzos de Pufendorf⁸² y Leibniz⁸³. Si relativizamos el derecho a la investigación fenomenológica en el sentido que emplea el tridimensionalismo, entonces aquel se disuelve en comprobaciones sociológicas. Las tres investigaciones, son como señalábamos, complementarias. El derecho natural, corresponde, pues, a la investigación deontológica tanto si se analiza en función del bien común, concepto considerado por Santo Tomás de Aquino y su escuela, como por tendencias recientes, en cuanto valo-

⁸² Sobre Pufendorf y su discípulo Christian Tomasius Cfr. Antonio Truyol Serra: «Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado». Revista de Occidente Madrid 1975 pág. 198 y ss. Sobre Leibniz el mismo autor y la misma obra pág. 116 y ss.

⁸³ Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716): «*Nova methodus discendae docendaque Jurisprudentiae* (1667). No obstante, este trabajo juvenil debe contrastarse con sus estudios sobre la monadología. Las mónadas finitas, creadas por Dios. Las mónadas infinitas conciernen a la plenitud del ser. Reflejan el universo. Las mónadas se conciben como centros dinámicos-teleológicos de fuerza. Cfr. Lotz ya citado pág. 374 y ss.

res superiores y el pluralismo político, valor subalterno pero importante para el Estado social de Derecho. Todos son capitales para la fundamentación del Estado de Derecho.

2. Crítica de la crítica positivista del iusnaturalismo

Me interesa subrayar que no conviene contemplar la polémica del iusnaturalismo-positivismo jurídico como contraposición existencial irreductible. Siguiendo el prejuicio: el iusnaturalismo es absolutamente bueno y justo; el positivismo malo y al revés. Ante todo, porque cada uno de estos *ismos* cuenta con ilustres defensores; con aportaciones importantes. Hay que evitar las diatribas ofensivas. En este sentido, es imprescindible estudiar al asunto con sosiego y ponderación. Basta examinar el curso de ambas corrientes: el paso del iusnaturalismo clásico, medieval, moderno, y contemporáneo al positivismo para comprender los factores ideológicos y socioeconómicos que impulsan dicha transición y ahora el renacimiento del derecho natural en nuestros días⁸⁴. No hay que olvidar la «conversión» de Radbruch a posiciones iusnaturalistas⁸⁵.

En esta cuestión hay que recordar que en la opción por cualquiera de estas tendencias laten, con fuerza, creencias, convicciones y cosmovisiones. Se cree en el iusnaturalismo; se cree en el positivismo jurídico. Se mantiene una posición agnóstica, ante el derecho natural. En cambio, respecto a la postura del positivismo el problema no puede plantearse. En efecto, si se es agnóstico y/o escéptico ante el llamado derecho natural, es discutible adoptar la tesis que este no se conoce, no se puede conocer, o en el caso más benigno, no interesa después de la creciente secularización del derecho positivo. Por tanto, aunque exista el derecho natural, esto es cosa que compete a los teólogos, a los filósofos, pero para el jurista como tal, son cuestiones metajurídicas y/o extrajurídicas (Kelsen). Esta tesis se extiende, por supuesto, al ámbito axiológico.

Utilizo, en este epígrafe, la expresión marxiana «crítica de la crítica» sin que mantenga, como es notorio, su significado dialéctico-materialista, porque aquella me parece sugestiva.

⁸⁴ Cfr. Fassó «Historia de la filosofía del Derecho» Vol. 3 Siglos XIX y XX (trad. de José Lorca Navarrete). Pirámide 1970.

⁸⁵ Fassó habla de la «clamorosa» conversión de Gustav Radbruch (1878-1949) al iusnaturalismo ya citado pág. 271.

Aclarado lo anterior, añado que los positivistas y neopositivistas presentes deben reflexionar, cuidadosamente, sobre las afirmaciones iusnaturalistas y a su vez, estos últimos, sobre las correspondientes positivistas. Es una cortesía académica que ayuda a unos y a otros en su menester crítico. No conviene asumir posiciones beligerantes y menos sentirse acosados⁸⁶.

La crítica positivista del derecho natural puede sintetizarse así:

a) El iusnaturalismo implica una posición conservadora, preterizante, que justifica el *establishment*, concepto crítico-social y término significativo cuyo origen procede de la iglesia anglicana establecida por Enrique VIII, al romper con Roma. De ahí pasó a los países anglosajones y en nuestros días se extiende a otros estratos influyentes.

Ahora bien, los grupos dominantes y las instituciones que se resisten al cambio han existido y siguen desde tiempos lejanos. La acusación de conservadurismo puede también aplicarse al positivismo jurídico⁸⁷. Hace años expuse que en un primer momento, el derecho natural tuvo alcance innovador (Revolución francesa) luego los grupos sociales que le invocaron comprendieron que era peligroso para sus intereses admitir principios del derecho natural. Así, mantuvieron el *statu quo* para asegurar, y conservar, las posiciones conseguidas. De esta manera se rechazarán los argumentos iusnaturalistas, la existencia de un derecho natural por encima de un derecho positivo al cual aquel inspira. El derecho positivo se autojustifica. Reabsorbe la fundamentación y función correctora del derecho natural. El iusnaturalismo revolucionario la aplicó con su acción subvertidora del Antiguo Régimen. Después había que evitar que con motivos y argumentos semejantes nuevos estratos sociales pretendiesen sustituir lo establecido. Entonces, ¿quiénes son conservadores, los iusnaturalistas o los burgueses liberales? Así, se impide la función crítica del iusnaturalismo. Fruto de la au-

⁸⁶ Son ejemplares las posiciones de León Duguit (1859-1928) y de Maurice Hauriou (1856-1929). El primero representante del positivismo jurídico con base sociológica y el segundo del iusnaturalismo católico. Los dos, mantuvieron gran amistad y corrección en sus disputas. Cfr. Pablo Lucas Verdú «Curso de Derecho Político» Vol. 1.º pág. 100. Recientemente Norbert Hoerster en su «En defensa del Positivismo Jurídico» (trad. Jorge M. Saña. Revisión de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zinomerlaing). Cedisa Barcelona 1992. El autor expone los aspectos más significativos del positivismo jurídico. Su lectura produce la impresión que se limita a mantener una actitud *defensiva* frente al iusnaturalismo. Cfr. por último: Denis Salas: *Droit et institution: Léon Duguit et Maurice Hauriou* en la obra dirigida por Pierre Bouretz: *La force du droit Panorama des débats contemporaines* Editoriales Esprit Paris 1991, págs. 193 y ss.

⁸⁷ Pablo Lucas Verdú: «Curso de derecho político». Vol 1.º pag. 382.

tojustificación liberal-burguesa es, como se sabe, la codificación del derecho privado y del derecho penal, la codificación constitucional y la elaboración de la dogmática del derecho privado, penal procesal y administrativo que con modificaciones relevantes llega a nuestros días.

Sería incurrir en goticismo reaccionario rechazar ese progreso, salvo que como antes se dijo, todas esas innovaciones se pusieran al servicio de la clase burguesa y lo mismo ocurrió en el terreno constitucional si bien —y ello es criticable— la dogmática constitucional se nutrió con las categorías formales y técnico-jurídicas del derecho privado de inspiración burguesa-liberal.

En dicho proceso el Estado de Derecho se concibió según enfoques formalistas-individualistas; libertad-seguridad-propiedad. Tríada que le inspiró. Empero, el Estado liberal-burgués de Derecho careció de justificación estimativa dada su configuración formalista-individualista basada en la concepción mecanicista de la separación de poderes y en la garantía de derechos de las clases poseyentes.

Con todo no hay que exagerar la crítica porque hay que juzgar las cosas pasadas dentro de su circunstancia de tiempo y lugar. En efecto, el Estado de Derecho basado en el individualismo liberal logró convertir al súbdito en ciudadano; estableció garantías de seguridad personal; creó una administración eficiente. Claro que todo ello, tan importante, hay que examinarlo considerando la desigualdad electoral; la desigualdad socioeconómica; la excesiva centralización. Faltas innegables, sólo en parte explicables porque la dimensión axiológica justiciera no era todavía perceptible en aquel tiempo. Que los valores tiendan a realizarse y la sociedad los asuma, depende, en gran medida, de las circunstancias. De todos modos no faltaron hombres clarividentes que los propugnaron⁸⁸.

b) El positivismo y el neopositivismo jurídico, esgrimen contra el iusnaturalismo, otra objeción que consideran capital: tanto el derecho natural como la concepción axiológica del derecho constitucional amenazan la seguridad jurídica. ¿Por qué? Vamos a ver.

Esta crítica subyace en el significado y configuración del Estado liberal-burgués de Derecho temeroso que el orden establecido fuese alterado, insistimos, invocando argumentos reivindicativos de las clases descontentas.

⁸⁸ Así lo intuyó el pre-socialista suizo Simón de Sismondi en su obra: «Estudios sobre las Constituciones de los pueblos libres» (Traducido al castellano por D. León José Serrano y D. Felipe Picón García, bachilleres en Derecho) Madrid, 1843.

Recordemos que quienes realizaron la revolución contra el Antiguo Régimen proclamaron razones iusnaturalistas⁸⁹ ahora no admiten tales invocaciones, por lo tanto dejaron de ser progresistas. Su puesto y función lo asumirán las corrientes socialistas. Ciertamente la seguridad jurídica la recoge nuestra Constitución en el artículo 9.º.3, pero en el párrafo anterior se refiere a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes. Es una expresión de marcado sentido iusnaturalista.

Sin duda la seguridad jurídica-constitucional exige la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.º.1) y al final de dicha disposición (párrafo 3 señala «...la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»). Esto no puede explicarse sin referencias axiológicas⁹⁰ en la medida que atenta al valor justicia y se explica, insatisfactoriamente, desde la perspectiva positivista.

Los reparos positivistas al derecho natural de conservadurismo reaccionario y de atentados contra la seguridad jurídica-constitucional, parecen contradictorios. En efecto, la arbitrariedad es considerada, lo mismo que la seguridad jurídica, desde coordenadas formales articuladas. De este modo se evapora el contenido esencial de las dos.

Es claro que la seguridad jurídica, en nuestro Texto Fundamental, depende, estrechamente, de la supremacía de aquel (art. 9.º.1) porque de lo contrario se derrumbaría el edificio del Estado de Derecho. El principio de legalidad y la jerarquía normativa corroboran la construcción, bien trabada, que aparece como proyección proporcionada, coherente e incluso estética. Pero ello no implica ignorar la superioridad de los valores que la misma Constitución propugna y defiende, y la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social.

Para el ciudadano, escribe Badura⁹¹, la seguridad jurídica supone, ante todo, la protección de la confianza en las instituciones y en el funcionamiento correcto del Estado de Derecho, confianza, a mi juicio, en el contenido y sentido del Estado de Derecho y de los valores que le fundamentan. Aun más, esa confianza que implica la sumisión del Estado al Derecho, descansa en la ad-

⁸⁹ Me refiero al iusnaturalismo racionalista individualista del siglo XVIII.

⁹⁰ Cfr. Luis Legaz Lacambra: «Filosofía del Derecho», Bosch, Barcelona, 1961, págs. 583 y ss.

⁹¹ Peter Badura: anteriormente citado pág. 209.

hesión o vínculo sentido, por los ciudadanos, a las instituciones. Consiste, desde Pellegrino Rossi, en el sentimiento constitucional, dimensión extranormativa, desde luego, pero básica para el mantenimiento y progreso del Estado de Derecho⁹².

c) Otra crítica del positivismo al iusnaturalismo versa sobre su carácter confuso, incluso fantasmagórico. No está codificado, no puede codificarse porque sus postulados no son universales ni permanentes. Podría admitirse que algunos autores iusnaturalistas y el mismo iusnaturalismo, ha influido mucho en el desarrollo del constitucionalismo moderno; incluso en la actualidad pero ¿cómo se entiende hoy y cuál es su *corpus* doctrinal y su concreción jurídica? Además, para algunos creyentes⁹³ el derecho natural no existe. El derecho natural es confuso comparado con la claridad, coherencia y regularidad del derecho positivo. Es un fantasma que, confesaba Bergbohm, a pesar de las aceradas críticas que lanzó contra el derecho natural, todavía se agita.

Tales reparos, algunos innecesariamente drásticos, merecen respuesta. Ante todo, hay que reconocer que en bastantes tratados sobre el derecho natural nos topamos con discursos cuya argumentación se pierde adentrándonos en la oscuridad. No obstante, esos escritos quedan sobradamente compensados con los de los teólogos y juristas, principalmente españoles, que sentaron la base para la fundamentación del derecho internacional, inspirándose en Santo Tomás de Aquino, Vitoria y Suárez y otros teólogos importantes de la Escuela de Salamanca⁹⁴.

La objeción que señala la falta de codificación del derecho natural, es inadmisibles porque huelga señalar que durante siglos el derecho positivo careció de codificación, fue predominantemente consuetudinario, como todavía ocurre en el Reino Unido donde la seguridad jurídica de sus ciudadanos ha sido y funciona de modo ejemplar. Recordemos que el primer Código civil alemán data de principios de siglo y que antes se produjo la célebre disputa entre Savigny y Thibaut sobre la necesidad de la codificación. Además, hay preceptos de los Códigos influidos por el iusnaturalismo.

⁹² Pablo Lucas Verdú: «El sentimiento constitucional» citado anteriormente y Pablo Lucas Murillo de la Cueva: «Sentimiento político y conflicto de competencias» en «Revista Jurídica de Navarra» n.º 3 enero-junio 1987 pág. 65 y ss.

⁹³ Luis Legaz Lacambra: «La negación del derecho natural desde posiciones católicas» en «Horizontes del pensamiento jurídico y Estudios de Filosofía del Derecho». Bosch Barcelona 1947 págs. 408 y ss.

⁹⁴ Los mismos hay que decir respecto a la nómina de teólogos católicos y protestantes actuales, así como de filósofos del derecho iusnaturalistas.

La objeción más grave versa sobre la universalidad, en el tiempo y en el espacio, de los mandatos del derecho natural, cuestión pareja a la inviolabilidad e inmutabilidad de los dogmas de la religión cristiana. Ya dije que, en el fondo, el reconocimiento del derecho natural depende de las creencias, de la concepción del mundo y de la vida de cada uno. Conviene aclarar que los valores subsisten, lo que mudan son las percepciones de los mismos que puede ser relativa. El derecho natural, y los valores, son, respectivamente, el *minimum* ético del que habló Santo Tomás de Aquino para la convivencia aunque sería maravilloso que todos cumplieran los diez mandamientos, pero dada la naturaleza falliente del hombre basta con guardar los mandamientos de no matar, no robar, no mentir en la vida social⁹⁵.

A finales de siglo Jellinek mantuvo, en su famosa «Teoría general del Estado» la tesis del *minimum* ético para poder convivir y progresar en la sociedad civil de modo que no es imprescindible, aunque sea conveniente, respetar y cumplir los principios ético-sociales⁹⁶.

La acusación que el derecho natural, y en su caso los valores, carecen de un *corpus* doctrinal y concreción jurídica es pues inexacta. En primer lugar, porque el positivismo jurídico afirma que el único ordenamiento que puede considerarse jurídico, es el derecho positivo producido por los órganos legiferantes del Estado, carente de lagunas y convenientemente articulado en preceptos jurídicos. Además dispone de la coacción en caso de incumplimiento de sus mandatos. Es cierto que los positivistas contemporáneos reconocen que la plenitud⁹⁷ del ordenamiento jurídico no es completa, pero el planteamiento que se adopta sobre este tema es imperfecto, se mueven en un monismo-imperialista: sólo hay derecho positivo; fuera de él no hay nada jurídico. Cabe reconocer principios morales inspiradores de las normas; como ética socializada, pautas de comportamiento honesto pero, por sí solas, no reúnen los requisitos de normas jurídicas. Estas se insertan en un texto articulado y sistemático aseguradas por la coacción. Tales requisitos no se dan en el llamado derecho natural. Son los argumentos desarrollados por el positivismo jurídico del siglo pasado y parte del actual. En nuestro tiempo, los neopositivistas matizan lo anterior reconociendo que la codificación, aunque conveniente, no es rasgo exclusivo. El Estado no es

⁹⁵ Santo Tomás de Aquino: *Summa Theologica* I-II, 96,2.

⁹⁶ Cfr. Pablo Lucas Verdú: Preliminar a «Reforma y mutación de la Constitución» de Georg Jellinek (trad. de Christian Förster) Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1991. Págs. XXXI y ss.

⁹⁷ Cfr. Pablo Lucas Verdú: «Curso de Derecho Político» en Vol. II, Tecnos Madrid 1983 y págs. 559 y ss.

el único legislante pues el derecho comunitario y el internacional producen normas recibidas por los ordenamientos internos.

Por consiguiente, el ataque principal se centra en considerar al derecho natural como un conjunto, no bien determinado, de imperativos éticos con inspiración religiosa, que satisfacen la conciencia de los creyentes pero esos imperativos, al inscribirse en el ordenamiento jurídico y secularizarse, pierden su independencia y sustancialidad. Esta objeción se aplica también a los valores. En resumen: el llamado derecho natural no es universal; no es inmutable, no reúne las características de la normatividad; carece de coacción, salvo en la conciencia de los creyentes; es incognoscible y no puede regular la convivencia a no ser que, como sucede en las comunidades primitivas, un magma de ritos y prácticas religiosas se considere derecho. Sólo existe el derecho positivo y por tanto, lo que no existe o por lo menos se desconoce es imposible que pueda tener validez jurídica. El chaman, el hechicero, el adivino, el augur, el sacerdote, hace mucho tiempo que fueron sustituidos por el científico y el técnico del derecho. Por otro lado, los valores a que se refiere nuestra Constitución, son afirmaciones tomadas de la filosofía de los valores sugestiva e interesante pero, al fin y al cabo, una corriente epocal que por mucho que se aplique al campo jurídico, son elementos metajurídicos: El llamado orden valorativo (*Wertornung*), o cielo de los valores, son manifestaciones metafóricas. El orden sobre el que versa el derecho no es un cosmos según Platon, Aristóteles, Cicerón, San Agustín o el tomismo. Es el orden y/o ordenamiento jurídico positivo; es resultado de la codificación, de la configuración del Estado de derecho (Cfr. artículo 9.º.3) fruto de la construcción dogmática de la jurisprudencia como ciencia del derecho. No se oculta el influjo filosófico, pero una vez reelaborado por la dogmática, esta opera de modo autónomo mediante la interpretación y aplicación de las normas emanadas por el Estado.

Ahora bien, la cuestión es esta. ¿Cómo son capaces los constituyentes de crear, por si solos, los valores superiores y la dignidad humana? ¿Son, aquellos, una especie de Demiurgos? En consecuencia, la superioridad de los valores y el fundamento de la dignidad de la persona, etc., son derrumbados por la concepción positivista en cualquiera de sus tendencias. Su interpretación de los derechos humanos según la Declaración Universal de Derechos Humanos, olvida el *prius* lógico, ontológico y deontológico de esos derechos. Ningún legislador, constituyente u ordinario puede por si sólo construir, mediante la dogmática, los valores superiores y la dignidad humana⁹⁸.

⁹⁸ El examen de la crítica del positivismo jurídico desde posiciones iusnaturalistas requiere mucha más extensión que desbordaría este estudio. Me interesa añadir que

3. El iusnaturalismo crítico y su función transformadora de la realidad social

Es notorio que el Estado social de Derecho inició, hace tiempo, una función progresista en la medida que corrige el déficit e injusticias del Estado liberal —burgués de Derecho, abriéndose a la justicia social. Puesto que el *sozialer Rechtsstaat* tiende a dicha meta, basándose en la dignidad humana, no es ajeno el influjo axiológico sobre nuestro ordenamiento constitucional. No obstante, no hay que olvidar que así como en los Textos Fundamentales del período de entreguerras encontramos cláusulas encaminadas a aquella meta, también se perciben todavía reminiscencias individualistas en las Constituciones contemporáneas. La secuencia: Estado liberal-burgués de Derecho. Estado social de Derecho, no es algo mecánico ni tajante. El progreso jurídico-social registra altibajos que deben enmendarse con decisión.

Al comienzo de nuestra Constitución encontramos que en el preámbulo se señala que la Nación española proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a un orden económico y social *justo*; establecer una sociedad democrática avanzada. En el mismo orden de cosas, el artículo 9.º.2, tantas veces mencionado, es una cláusula de transformación social muy significativa. Los principios rectores de la política social y económica y los artículos 128 y 129, recogen un programa rico, esencial, para conseguir una sociedad democrática avanzada. Reproduce, en primer lugar, una firme voluntad de Constitución (Konrad Hesse) de los gobernantes para corresponder a muchas y variadas necesidades de los gobernados. Es cierto que la concreción de esa voluntad de Constitución requiere cuantiosas cantidades de dinero para obras diversas. La cuestión es difícil, pero no imposible del todo. Sería menester una distribución de los ingresos estatales justa y equilibrada. Para ello es indispensable señalar prioridades, y una administración y distribución adecuadas. No hay duda que tales objetivos no sólo requieren cálculos claros y oportunos, dificultad que se tiene que sortear. Además, las evaluaciones técnicas-económicas no bastan puesto que hay que inspirarse en la justicia, valor superior del ordenamiento jurídico.

es muy conveniente analizar, con más detenimiento, los reparos que el positivismo jurídico hace al iusnaturalismo, porque hay que tener en cuenta que varios de esos reparos merecen considerarse con atención, ya que encontramos que en autores positivistas se incoa, sin percatarse ellos mismos, algunos destellos iusnaturalistas y en estos últimos se perciben residuos positivistas o por lo menos elementos normativos-racionalistas. Durante el paréntesis Weimariano. La posición de los más relevantes comentaristas de la Constitución de 1919, Anschütz y Thoma, emprendieron un tímido paso hacia un *positivismo templado*.

En consecuencia, los preceptos constitucionales citados, principalmente el artículo 9.º.2 no deben considerarse sólo como un éxito del PSOE y en el caso del 3.º.2 de la Constitución italiana del PSI⁹⁹. No quiero decir que el propósito de sus autores fuese «colgar» en la ley Fundamental promesas retóricas. Tampoco satisfacer a los partidarios del programa socialista. Veamos.

a) El artículo 3.º.2 del Texto italiano fue, si mal no recuerdo, aprobado por unanimidad. Es conocida y tiene hondo significado, la frase de uno de los constituyentes: «La República ha querido premiar una revolución fallida por otra prometida» (Calamandrei).

¿Significa esto el reenvío de esa revolución *ad calendas græcas*? Creo que no. Es así aunque el artículo 53.3 de nuestra Constitución convierte a los principios rectores de la política social y económica en normas mal llamadas programáticas¹⁰⁰ pues sólo informarán a la legislación, a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos. Además los reenvía, para su concreción, a leyes futuras (*interpositio legislatoris*).

El artículo 9.º.2 y los principios y derechos del Capítulo III del Título I¹⁰¹ ciertamente no se pueden concretar instantáneamente pero no dejan de ser mandatos con fuerza normativa como reitera claramente el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no existe, en nuestro ordenamiento fundamental, un control constitucional, como en el portugués, y el brasileño cuando por pereza o impetencia legislativa no se dictan, o se retrasan considerablemente, las leyes ordinarias que los desarrollen. Sobre la omisión legislativa remito a las consideraciones acertadas de Jose Joaquin Gomes Canotilho *Direito constitucional* 3.ª ed. Almedina, Coimbra 1983, págs. 714 y ss.

⁹⁹ Mientras el profesor socialista Lelio Basso, introductor de esta cláusula de transformación social, creía en su efectividad, otro socialista, el profesor Calamandrei, mostró manifiesto escepticismo sobre la cuestión. Incluso no fue partidario de establecer una normativa constitucional sobre los derechos socioeconómico. No creía que bastase su inserción en la Constitución para que se cumpliera. Así, pues, sería un sarcasmo para la clase trabajadora. Los profesores Carlos Lavagna y Giuseppe Ugo Rescigno, discípulo del anterior, mantuvieron una polémica acerca del tema si conforme a la Constitución italiana podría aplicarse el programa socialista. Mientras Lavagna explicó que ello era posible, Rescigno, lo negó rotundamente. Cfr. sobre esta disputa mi «Curso de Derecho Político» cit. vol. IV págs. 449 y ss.

¹⁰⁰ Prefiero los términos normas *promotoras* y *renovadoras* a tenor del artículo 9.º.2 que sirve para interpretar, las disposiciones del Capítulo III, Título I.

¹⁰¹ Observamos que el Capítulo III del Título I de la Constitución habla de *derechos*: artículos 43.1, 44.1, 45, 45.1, 47 y 49.

Naturalmente, ante la desidia legislativa cabe el actuar político en el parlamento para estimular a los poderes públicos y, en último caso, provocar la dimisión del gobierno con la consiguiente convocatoria de elecciones generales que tendrán presente la inactividad legislativa en el caso. No hay que olvidar, que la incorporación de cláusulas transformadoras de la sociedad en las Constituciones actuales no son triunfos de determinados autores y de sus correspondientes partidos, recordemos la aguda frase de Radbruch «las leyes son más inteligentes que sus creadores». Una vez aprobadas adquieren vida propia y, además su correspondiente interpretación, conforme a la Constitución, depara conclusiones antes no imaginadas y/o percibidas. En consecuencia, la interpretación de la voluntad de la ley se impone a la del legislador siempre que sea conforme a la *ratio* y *telos* de la Constitución (*Verfassung Konforme Auslegung*)¹⁰² y no sólo según la ley, además conforme al Derecho (art. 103).

De todos modos el *hiatus*, la hendidura, entre la normatividad constitucional y la realidad social, siempre existirá, pues de lo contrario dicha normatividad se confundiría con la ley física. Entre el cumplimiento inexorable de las normas constitucionales y el incumplimiento sistemático hay una diferencia clara. Lo importante es que esa grieta no se acentúe de tal modo que amenace al ordenamiento fundamental.

Como conclusión de este epígrafe diremos que la interpretación de las normas constitucionales no puede desentenderse de postulados iusnaturalistas considerados como valores superiores de nuestro ordenamiento básico y, además, que el iusnaturalismo que mantenemos es crítico. Basta leer detenidamente el artículo 9.º.2 y las disposiciones que inmediatamente con éste concuerdan, para inferir que nuestro Estado social y democrático de Derecho es deficitario. En efecto, el artículo 1.º.1 padece cierto estrabismo: por un lado comprueba que su concreción social, apuntada en el artículo 53.3, es difícil y por otro, reenvía a su realización democrática: sociedad democrática avanzada. Aquí la crítica apunta a

¹⁰²Sobre la *Verfassung Konforme Auslegung* hay abundante bibliografía en Alemania, Austria y Suiza. Cfr. Konrad Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* 12 ed. C, F. Müller Heidelberg-Karlsruhe 1980 págs. 31 y ss y Theodor Maunz y Reinhold Zippelius: *Deutsches Staatsrecht* Verlag C.H. Beck München 1982, pág. 44. Robert Walter y Heinz Mayer: *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrecht* Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, Wien 1982 pág. 43. Niklaus Müller: *die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grunsatz des Verfassungskonforme Auslegung* Verlag Stämplich und Cie Bern 1980. Jean Claude Béguin: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*. Economica Paris 1982 págs. 184-207 con abundante bibliografía.

corregir y/o enmendar las carencias sociales actuales y además postula, enérgicamente, la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Esta es tarea, irrenunciable, empresa ardua pero ejemplar.

Ahora bien, la crítica iusnaturalista es progresista y, al mismo tiempo, se inspira en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de su personalidad. Esa empresa se basa en valores. La axiología iusnaturalista no es estática sino dinámica porque apunta a metas que deben alcanzarse pacíficamente.

VIII. LA DISTINCIÓN ENTRE LEY Y DERECHO CONTEMPLADA DESDE LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

1. Carácter clásico de dicha distinción

Sin propósito de erudición parece oportuno recordar cómo la distinción mencionada se inicia en el derecho romano, ingrediente capital en la tradición jurídica occidental. Estos precedentes clásicos corroboran, en cierta medida, que la ley es la concreción del derecho material con raíces iusnaturalistas de manera que la ley es para el derecho y no al revés. Las consecuencias de esta afirmación no son retóricas en cuanto fórmula solemne, cláusula de estilo o mera expresión sin alcance jurídico. Ya los romanos distinguían entre ley y derecho.

El profesor y estimado colega Fuenteseca¹⁰³ explica, muy bien, la dualidad entre *ius* y *lex*: «La importancia de una ley escrita e igual para todos fue percibida, por tanto en el siglo V a.C., en Roma, por influencia de las *polis* griegas. En esta aparece también, entonces, un nuevo ideal, difundido por los sofistas, el cual contraponía la ley de la ciudad (la ley de la *polis*) a las leyes permanentes que la misma naturaleza ha establecido entre los seres humanos» «en definitiva —continúa nuestro ilustre romanista— distinguieron entre la justicia de

¹⁰³ Pablo Fuenteseca: «Historia del derecho Romano» Europa. Artes Gráficas Salamanca 1987 pág. 184 y ss.

la unidad establecida políticamente y el ideal de la justicia de las leyes naturales no escritas». Añade que «...este planteamiento iusnaturalista (que abrió el gran dilema que traspasa todo el pensamiento jurídico europeo desde Grecia a hoy, no tuvo influencia en la vida jurídica romana de la República pero si un eco teórico importante en el pensamiento de Cicerón», Fuenteseca precisa que «la noción *ius* hace referencia a la *iustitia*, virtud ética y política a la vez, primero en Grecia y luego en Roma. La expresión *ius* alude a un aspecto esencial de la actividad jurídica, la *iustitia*, en donde aquella expresión tiene sus raíces, que se remontan a la suprema justicia de los dioses». En el medievo Santo Tomás de Aquino¹⁰⁴.

Para el doctor Angélico la ley no sólo es el derecho. En este punto desarrolla y comenta el pensamiento de Aristóteles. Esta línea de pensamiento continuará, con escasas variantes con los teólogos y juristas españoles de la Escuela de Salamanca¹⁰⁵.

Principalmente se preocuparon de cuestiones filológicas respecto al origen cultural de los términos *ius* y *lex*, aspecto indispensable para la interpretación (hermeneútica) de los textos sagrados y de las normas jurídicas. Así lo hizo Francisco de Vitoria (1492-1546) comentarista egregio del pensamiento del Aquinate amigo del burgalés humanista Luis Vives¹⁰⁶. También Domingo de Soto (1495-1560) abundó en este tema¹⁰⁷ y el jesuita conquense Luis de Molina (1535-1600)¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cfr. Alain Seriaux, *Droit et Loi dans la pensée d'Aristote et de Thomas d'Aquin en la Philosophie à l'épreuve du phénomène juridique: Droit et Loi*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1987 págs. 77 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: «Metodología de la determinación del Derecho». Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1994 págs. 363 y ss.

¹⁰⁶ Vallet de Goytisolo, citado anteriormente, pág. 367-368. Esta obra, del ilustre académico, es de obligada consulta. Sobre la Escuela Salmantina del siglo de oro español. Cfr. Luciano Pereña Vicente: «La Universidad de Salamanca forja del pensamiento político en el siglo xvi». En «Acta Salmanticense». Universidad de Salamanca, 1959. Sobre Vives: J.A. Fernández Santamaría, *The Formulations of Vives' Social and political Thought in Joannis Lodovici Vivis. Valentini Opera Omnia* Vol. 1.º Volumen Introductorio. Coordinado por Antonio Mestre Ediciones Alfons el Maganarim Generalitat Valenciana Diputación Provincial de Valencia. Instituto de Cultura Juan Gil-Albert. Universitat de Valencia MCMXCII págs. 217 y ss. Además, August Monzon i Arazo «Humanismo y derecho en Joan Lluís Vives» págs. 263 y ss. Vallet de Goytisolo, citado anteriormente, pág. 395 y ss.

¹⁰⁷ Sobre Soto: Jaime Brufau Prats: «El pensamiento político de Soto y su concepción del poder» en «Acta Salmanticense. Universidad de Salamanca 1960.

¹⁰⁸ Cfr. Vallet de Goytisolo, citado anteriormente. Pág. 403 y ss.

No hay que olvidar a Francisco Suárez S. J. (1458-1617) teólogo y jurista excepcional¹⁰⁹. En 1612 en su *Tractatus de legibus ac Deo Legislatore*¹¹⁰ analiza, con gran rigor, las diversas acepciones de la ley *Caput v Quid nomine legis significetur*. En el capítulo segundo de su inmortal obra, se ocupa del significado del Derecho y su comparación con la ley: En su extensa exposición sobre este asunto menciona a San Isidoro para quien Derecho y ley se relacionan entre sí como el género y la especie: «Para él Derecho es el género y la ley es la especie; el derecho consta de leyes y costumbres, en tanto que la ley consiste en una disposición escrita. Sigue, al parecer, esta opinión Santo Tomás al afirmar que si a lo justo y equitativo se le da forma escrita se convierte en ley»¹¹¹. Ahora bien, esta afirmación de Suárez parece que contrapone otra, que finaliza en el capítulo mencionado «...dejando aparte los sentidos metafóricos y las distinciones, que de nada valen para nuestro actual propósito, nosotros nos referiremos ahora de manera general al *ius* en su segundo y propio significado, según el cual es sinónimo de ley, considerada también en general, que es como ahora nos estamos refiriendo»¹¹².

En Francia, hay que recordar a Jean Bodin (1530-1596) famoso, entre otras cosas, por su hallazgo conceptual de la soberanía en «Los seis libros de la República». En efecto en esta obra capital del pensamiento jurídico, escribió «*il y a bien une difference entre le droit et loy: l'un n'emporte rien que l'équite, la loy emporte commandement: la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance*» (*Les six livres de la République*, 7, 11, Paris Du Puys 1583, 155). Esta afirmación coincide con la posición bodiniana que admite una ley natural antes que un derecho natural según Isnardi Parente¹¹³. Opinión discutible puesto que señala al derecho natural como límite de la soberanía estatal.

No podemos detenernos en lo que sostuvieron sobre el tema que nos preocupa otros autores clásicos, de modo que en el epígrafe siguiente analizaremos la posición de la doctrina alemana contemporánea. Basta subrayar cómo la cuestión cuenta con autores clásicos.

¹⁰⁹Vallet de Goytisolo, citado anteriormente, pág. 428 y ss.

¹¹⁰Francisco Suárez S.J. *De legibus I De Natura legis Edición crítica bilingüe* por Luciano Pereña y la colaboración de E. Elorduy V. Abril C. Villanueva y P. Suñer. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid 1971, págs. 20 y ss.

¹¹¹Suárez, citado anteriormente, pág. 27.

¹¹²Suárez, citado anteriormente, pág. 37.

¹¹³Margherita Isnardi Parente: *Le volontarisme de Jean Bodin; Maimodi ou Duns Scot? en Jean Bodin. Verhandlungen der internationale Bodin Tagung in München* Verlag C.H. Beck München 1973 págs. 39 y ss.

2. La distinción Gesetz \neq Recht en la doctrina alemana en la época weimariana

En 1932, es decir en pleno período de la República weimariana Carl Schmitt¹¹⁴ analizó el sistema de legalidad de los Estados con legislativo-parlamentario. Entonces el incisivo autor se planteó, críticamente, la presunta armonía entre el Derecho y la ley, la justicia y la legalidad, el contenido y sus aspectos procesales típicos del Estado legislador. Puesto que el legislador y el Estado de legislación (*Gesetzgebungstaat*) naturalmente son una misma cosa, toda concurrencia entre legislador de cualquier tipo y una relativización recíproca del concepto de ley se destruyen. El legislador del consiguiente Estado de Legislación posee el monopolio de la legalidad. Esto sucede si la confianza en el legislador, en la armonía entre Derecho y decisión legal cesa. En el Estado de Legislación se sostiene un concepto de ley independiente de cualquier contenido. No es menester recordar que durante el III Reich la reducción de la ley a la voluntad omnimoda del *Führer* impidió la distinción metodológica entre *Recht und Gesetz* de modo que la ley era la ley que había que obedecer sin duda alguna. Este argumento fue invocado por los defensores de los inculpados por crímenes de guerra en Nüremberg. Consecuencia lógica de la identificación anterior por el voluntarismo positivista desvalorizado, de la voluntad de los órganos legislativos desvinculados de cualquier fundamentación ética subyacente inspirada en el concepto del Derecho en cuanto punto de vista sobre la justicia.

Volviendo a Schmitt,¹¹⁵ conviene no olvidar lo que escribió en 1928 en su *Verfassungslehre*, vertida al castellano por el académico y antiguo profesor de Derecho Político Francisco Ayala. Es importante reproducir lo que en esa fecha escribió Schmitt sobre el asunto que nos ocupa al recoger una opinión del antiguo Rector de la Universidad de Berlín H. Triepel. Veamos: «Cuando H. Triepel critica el abuso de la facultad de legislar del *Reichstag*, y dice «La ley no es sagrada; sólo el Derecho es sagrado; la ley se encuentra sometida al Derecho (Homenaje a Kahl, 1923 pág. 93) habla aquí la conciencia de aquella vieja tradición del Estado de Derecho; pero el contraste no es de Derecho y ley, sino de un concepto bien entendido de ley, distinto de un formalismo desesperado que caracteriza

¹¹⁴ Carl Schmitt *Legalität und Legitimität* (publicado en 1932 y ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 Materiellen zu einer Verfassungsrechtslehre* 2.^a ed. Duncker und Humblot Berlin 1973, págs. 276-277.

¹¹⁵ Sobre los pros y los contras de la vuelta a Schmitt. Cfr. mi artículo «¿Volver a Schmitt?» en «Estudios sobre Carl Schmitt». Veintiuno Colección. Madrid. Coordinador Dalmacio Negro. Madrid 1966 págs. 287 y ss.

como ley todo lo que surge en el procedimiento prescrito por la legislación. También resulta fundado por lo que se refiere al contenido, pero mal expresado, cuando J. Goldschmidt construye la palabra nomocracia para la lucha contra el abuso del poder legislativo (Jur. Wochenschrift) 1924, págs. 245 y ss) Lo que precisamente falta es el *nomos*, y el abuso consiste en desconocer el *minimum* que debe quedar del viejo concepto racional de ley auténtica, en desconocer el carácter general de la norma jurídica. Todo lo que se diga del imperio de la ley o del imperio de la norma, todas las expresiones relacionadas con la normatividad, son en sí mismas contradictorias y confusas cuando desaparece ese carácter general y puede pasar por «norma» o «ley», cualquier mandato, cualquier medida»¹¹⁶.

El asunto de la contraposición entre *Recht und Gesetz* siguió preocupando a Carl Schmitt después de la Segunda Guerra Mundial, así en 1974, publicó un sugestivo libro titulado *Der Nomos der Erden. Völkerrecht des lus publicum europaeum*. Dumcker & Humblot Berlin¹¹⁷.

En efecto, el maestro alemán, después de un análisis filológico del término germano *Gesetz* apuntando sus orígenes teológicos, especialmente la traducción de Lutero de la Biblia, forjador del alemán moderno, nos dice que la expresión «...ha tenido la mala fortuna de perder, precisamente con los juristas, su carácter sagrado, sus posibilidades de tener un sentido sustancial». Añade, más adelante, (pág. 54): «la discusión científica alrededor del *nomos* ha sido hasta ahora confusa debido a que la mayoría de los juristas aun continúan utilizando el lenguaje del siglo XIX de los tardíos positivistas». «La cruz más pesada de su vocabulario, sin embargo, es la palabra *Gesetz*. Esta ha sufrido, en cuanto legalidad todos los embates de la burocracia estatal» ...la cual, naturalmente ha de atenerse a las disposiciones que son dictadas por el centro de mando competente. Para ella y para la ciencia jurídica relativa a ellas, esto es positivismo». Aquí Schmitt reenvía a consideraciones expuestas en su *Legalität und Legitimität* en 1932.

3. Sigue, en la doctrina alemana actual

Aunque esta cuestión persiste como un auténtica *crux iuris* ha suscitado amplia controversia motivada por el artículo 20.3 de la ley Fundamental de

¹¹⁶Carl Schmitt: «Teoría de la Constitución» (trad. F. Ayala). Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. s.f. págs. 165-166.

¹¹⁷Cfr. la traducción española de Dora Schilling. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1979 págs. 52 y ss.

la República Federal de Alemania que, como es sabido establece: «El poder legislativo está obligado a respetar la Constitución; el poder ejecutivo y los tribunales están obligados a respetar la ley y el Derecho».

Para Kaul Stern¹¹⁸ el pensamiento jurídico no es sólo una reflexión lógica porque además, se relaciona con valores (*Wertbezogen*) es decir la Constitución y la ley se orientan a valores; la orientación a los valores de la dogmática jurídica es imprescindible en la ciencia del derecho político. Aun más, la Constitución contiene en gran medida decisiones axiológicas. Así ocurre en los derechos fundamentales que se contemplan como un sistema valorativo y cultural. Aquí Stern se apoya en la conocida tesis de Rudolf Smend. La Constitución es un conjunto de valores, principios y expresiones básicas.

A mayor abundamiento¹¹⁹ los padres de la *Grundgesetz* evitaron los errores del precedente weimariano sobre el Estado de Derecho de modo que junto al principio de legalidad se añade una nueva dimensión. Su impulso esencial no deriva de la ley, sino de decisiones valorativas-constitucionales.

Para Schmidt-Assmann¹²⁰ la fórmula *Gesetz und Recht* (artículo 20.3 de la G.G.) plantea, en cuanto cuestión capital del Estado de Derecho, la relación entre legitimidad y legalidad. Por otro lado, con la renuncia a la generalización de la regulación como rasgo consustitutivo fundamental del concepto de ley, es indiscutible la pérdida de la sustancia del Estado de Derecho, porque la concepción general, abstracta, de la proposición jurídica previene su tratamiento arbitrario y establece una distancia natural ante el caso concreto. La renuncia a la sustancia del Estado de Derecho debe compensarse sea con elementos de publicidad y estabilidad, sea con racionalidad y autoridad mediante los procesos parlamentarios. El perfeccionamiento cualitativo de la ley conforme a la llamada Teoría de la esencia (*Wesenlichkeitslehre*) no es sólo capacitándolo, sino, además, señalándole una tarea delimitadora). Así, pues, la formalización de la ley no se limita solamente según la clásica relación jurídica, puesto que crea relaciones jurídicas entre los sujetos competentes y, en general, entre los diferentes elementos del ordenamiento jurídico¹²¹.

¹¹⁸ Klaus Stern: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Vol. 1.º Verlag C.H. Beck München 1977 pág. 31.

¹¹⁹ Stern, citado anteriormente, pág. 611.

¹²⁰ Eberhard Schmidt-Assmann, *Der Rechtsstaat* en Joseph Isensee y Paul Kirchhof: *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg 1987, pág. 1.004.

¹²¹ Schmidt-Assmann, citado anteriormente, pág. 1.005.

Según el profesor Schmidt-Assmann¹²² en la borrosa (*undscharfen*) fórmula de la ley ≠ Derecho, la Constitución introduce una cuestión básica del Estado de Derecho (*Rechtsstaatlichkeit*) a saber: la idea de la justicia. En esa distinción se percibe un aspecto de estética jurídica que puede como expresión de estilo, añadirse al sobrio estilo normativo de la Constitución. La ley Fundamental no pierde de vista que también una legalidad que vincula al poder estatal puede dañar a su legitimidad según derecho. Dicha fórmula mantiene con firmeza que ley y Derecho tanto de modo fáctico como general, aunque no necesariamente y siempre, se solapan. En consecuencia, la experiencia histórica, ideológica e institucional del Estado de Derecho confluyen en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental. Se manifiesta la paradoja del *summum ius summa iniuria*¹²³.

Al final de estas consideraciones este autor adoptó una posición cautelosa respecto al carácter vinculante de la fórmula *Gesetz und Recht* advirtiendo que no se debe recurrir a normas suprapositivas según el propio arbitrio, aplicándolas rotundamente. Ernst Benda¹²⁴, profesor honorario de Trier y ex Presidente del Tribunal Constitucional Federal, examinó la fórmula que nos ocupa. Merece decir algo sobre su opinión en este asunto.

Se plantea lo siguiente: si el juez, al estudiar un caso, infiere de la ley una respuesta que conduce, a su juicio, a un resultado erróneo, surge, entonces, un conflicto entre el mandato de la seguridad jurídica y la justicia. La vinculación a la ley y al Derecho afecta a la legislación de modo que debe evitarse tal conflicto. Así, pues, como sostiene Scheuner, la regulación de tal supuesto debe resolverse según el espíritu de la justicia y de la igualdad.

No voy a extenderme más sobre la posición de otros autores germanos actuales para no acumular nombres, obras y opiniones. Es un tema que sin duda continuará suscitando comentarios. El motivo de insertar la fórmula del artículo 20.3 (LFRFA) puede también percibirse como una reacción contra la dolorosa práctica judicial del *III Reich* al identificar el Derecho y la Ley según la concepción nacionalsocialista.

¹²²Schmidt-Assmann, citado anteriormente, pág. 1.007.

¹²³Schmidt-Assmann, citado anteriormente, pág. 1.008.

¹²⁴Ernst Benda: *Hanbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* ed. por Ernst Benda-Werner Maihofer-Hans Jochen Vogel. Walter de Gruyten Berlin-Nueva York 1983, pág. 487.

4. Sigue. Algunas observaciones de filósofos del derecho alemanes sobre la cuestión

También los iusfilósofos germanos se han ocupado de este problema. Nos limitaremos a recordar las posiciones de Larenz¹²⁵ y de Radbruch¹²⁶. Es lógico que lo trataran por su conexión evidente con la filosofía.

Karl Larenz¹²⁷ al subrayar la importancia de la jurisprudencia para la *praxis* jurídica advierte que la obligación de resolver el caso que estudia el juez no le permite retrasar su decisión hasta que la cuestión haya sido «...plenamente discutida por la dogmática y haya encontrado una solución convincente; Tiene que «arriesgar» una resolución, aunque no sea capaz de apuntalarla plenamente con razones» «...debe fundamentar su resolución, al menos tanto le sea posible con argumentos jurídicos esto lo exige su vinculación constitucional a la «ley y al Derecho».

La jurisprudencia como ciencia exige fundamentar y asegurar unos enunciados «...con métodos hermeneúticamente admisibles de pensamiento orientado a valores, y que, en cambio, se abstenga juicios de valor y decisiones no fundamentales»¹²⁸.

A mayor abundamiento, afirma que una «época que identifica al Derecho con la ley y esta con la voluntad del legislador, así como una concepción instrumental del Derecho o una concepción por la cual valen más la seguridad jurídica y la calculabilidad de las resoluciones, que la justicia, propende a reducir la facultad del juez respecto a la interpretación de las leyes y a veces el desarrollo abierto del Derecho»¹²⁹. Me interesa añadir algo sobre la posición de Radbruch¹³⁰ después de su llamativa «conversión» a postulados axiológicos.

En efecto, nuestro autor al desarrollar su tesis del Derecho como superador de la ley, el positivismo puede sintetizarse con la fórmula «la ley es la

¹²⁵Karl Larenz: «Metodología del Derecho (trad. Marcelino Rodríguez Molinero) 29 ed. Editorial Ariel. Barcelona-Caracas-México 1980.

¹²⁶Gustav Radbruch: *Propedeutica alla filosofia del diritto (Vorhschule der Rechtsphilosophie* A cura de Dino Psini-Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. G. Giappichelli Editore Torino 1959.

¹²⁷Karl Larenz, citado anteriormente, pág. 226.

¹²⁸Larenz, citado anteriormente, pág. 339 y ss. Sobre el orden de los valores. Pág. 408.

¹²⁹Larenz citado anteriormente 361. Cfr. también su «Derecho civil. Parte General» (trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías Picavea). «Revista de Derecho Privado» Eder-sa Madrid 1978 págs. 87-88.

¹³⁰Radbruch, citado anteriormente, pág. 232 y ss.

ley». Esta fórmula deja indefensa a la ciencia jurídica y a la administración de la justicia alemana contra la arbitrariedad. Radbruch se planteó una serie de preguntas recordando el desastre sangriento de la Alemania hitleriana, donde la tesis de la ley es la ley se aplicó con las consecuencias terribles que a su abrigo se produjeron; Después «...de un siglo de positivismo jurídico ha surgido, potentemente, la idea de un derecho por encima de la ley, de tal manera que incluso leyes positivas pueden representarse como agravios legales».

Al terminar este epígrafe me interesa señalar la germanidad de la distinción ley \neq Derecho establecida por los autores examinados. Quiero decir que es una dicotomía muy alemana. Lo es porque cuenta con raíces de la filosofía germana y, además porque, insistimos, es una respuesta al amargo recuerdo del III Reich. En definitiva, la renuncia a la distinción entre ley y Derecho significa la absolutización del poder legislativo. No es suficiente la tesis de Jellinek de la autolimitación; solución tautológica. ¿Y si el poder legislativo no se autolimita o si lo hace reservándose la facultad de desautolimitarse? En consecuencia, el positivismo legalista no resuelve la cuestión con la grave consecuencia que los derechos humanos quedan amenazados.

5. Sigue. La cuestión en otros autores contemporáneos

Hemos visto que la fórmula ley y Derecho es típicamente germana. Esto no significa que se haya limitado al ámbito alemán. Ciertamente por influjo del artículo 20.3 de la LFRFA. En la doctrina francesa, el neopositivista y excelente jurista Favoreu¹³¹ afirma rotundamente que para él la relación Derecho y ley no coincide con la tesis de Hayek en su obra «Derecho, legislación y libertad». Durante todo el siglo pasado y en la primera mitad del actual se asimiló, al menos en Europa, Derecho y ley¹³². La legalidad incluye la constitucionalidad¹³³. La ley aparece como concreción de los principios establecidos por la Constitución, y, a su vez, la ley se concreta mediante los reglamentos. Así, volvemos a la construcción kelseniana. La justicia constitucional corrobora la modernidad de esta afirmación¹³⁴. En definitiva, la teoría de Favoreu sigue la posición sostenida por el clásico Carré de Malberg. Opinión contraria, que merece reproducirse es la mantenida por

¹³¹ Louis Favoreu: *Droit et loi en droit privé*. Se incluye en la obra citada en nota 30 pág. 9.

¹³² Favoreu, citado anteriormente, pág. 11.

¹³³ Favoreu, citado anteriormente, pág. 12.

¹³⁴ Favoreu, citado anteriormente, pág. 13.

Flory¹³⁵. Según este internacionalista, la distinción entre Derecho ≠ ley implica que el Derecho recaba otro origen que el órgano legislativo. Esta confrontación supone la revisión de los dogmas del positivismo jurídico. Según este autor la ley nunca es la expresión de la voluntad general porque en este ámbito no hay legislador, sino partes contratantes¹³⁶.

La democratización y la aparición de una sociedad internacional mucho más amplia replantea la distinción entre Derecho y ley de modo que la ley va a ser rechazada por los nuevos Estados invocando el mismo formalismo permitiéndoles sostener que su consentimiento no fue solicitado antes de la descolonización¹³⁷.

En una sociedad configurada por la civilización occidental se trata de pasar a una sociedad multicultural cuyos nuevos miembros se comprenden y piden que él reconsidere su propia apreciación de las «naciones civilizadas» a tenor del siglo pasado. Todas las naciones —sigue Flory— son civilizadas y el derecho internacional debe ser del conjunto de la sociedad internacional¹³⁸.

No pretendo exponer, en forma de recensión, las opiniones de otros juristas que se ocupan del asunto en el volumen mencionado donde aparecen sus escritos. Me limitaré a indicar la acertada y sugerente exposición de Atias¹³⁹, de Seriaux¹⁴⁰ de Orials¹⁴¹, de Ricci¹⁴² y Wintgens¹⁴³ que coinciden con mi opinión sobre tan importante tema.

Del mismo modo me remito al sugestivo libro de Morelli¹⁴⁴ que dedica sustanciosas páginas a la distinción entre Derecho y ley. Comienza su estudio afirmando rotundamente que quien niega la existencia de normas metaesta-

¹³⁵ Maurice Flory: *Droit et loi en droit privé*, incluido, también, en la obra mencionada en nota 30, pág. 47.

¹³⁶ Citado anteriormente, pág. 49.

¹³⁷ Citado anteriormente, pág. 50.

¹³⁸ Citado anteriormente, pág. 138.

¹³⁹ Christian Atias: *La distinction du droit et de la loi en droit privé français contemporain*, citado anteriormente pág. 77 y ss.

¹⁴¹ Stéphane Rials: *Des droits de l'homme aux lois de l'homme Quelques observations sur le glissement du iusnaturalisme moderne au volontarisme révolutionnaire* citado anteriormente pág. 9 y ss.

¹⁴² Jean Claude Ricci: *Droit et loi chez les legalistes*, citado anteriormente pág. 107.

¹⁴³ Luc Wintgens: *La nouvelle réthorique et le droit loc. cit.* pág. 140 y ss.

¹⁴⁴ Gerardo Morelli: *Il diritto naturale nelle Costituzioni moderne, Dalla «dottrina pura del diritto» al «Sistema del ordenamiento democrático positivo»*. Vita e Pensiero. Pubblicazioni della Università Cattolica. Milano. Milano 1974.

tales, en el plano jurídico, incluyendo al legislador constitucional, sea constituido y/o constituyente, niega de hecho al ordenamiento positivo¹⁴⁵.

Esta afirmación mantenida al inicio de su obra podría parecer a algunos una petición de principio. Contradice lo mantenido por Favoreu. La diferencia entre ambas tesis radica en la extensión, mientras el profesor francés presenta con brevedad su escrito, como el mismo apunta, el profesor Morelli va desarrollando a lo largo de su estudio las razones que le asisten de manera coherente.

Como es sabido, la doctrina italiana desde su fundador y renovador V.E. Orlando, sigue el llamado método técnico-jurídico de modo que, salvo escasas excepciones, desde entonces contemplan y desarrollan una especie de constructivismo jurídico matizado por Santi Romano con su teoría del ordenamiento jurídico-institucionismo, crítico del normativismo kelseniano. Después la teoría de la Constitución en sentido material de Mortati y de sus seguidores, el reclamo de la función de los partidos políticos, el recurso al método comparado de Vergottini y sin olvidar la doctrina del *indirizzo politico* de Crisafulli, matizaron, y atemperan, los residuos positivistas y las recientes tendencias neopositivistas de los autores franceses y españoles.

Es cierto que el desprecio a los elementos metajurídicos, extranormativos, y socioeconómicos no es tan fuerte en la doctrina italiana. También, es verdad, que sus más notorios representantes se han esforzado en consideraciones correspondientes a coordenadas normativo-institucionales a las que se abre el método técnico-jurídico. Así Martines (fuerzas políticas) de Vergottini (oposición política).

Me ha sorprendido, gratamente, la tesis sostenida por el profesor Baldassarre¹⁴⁶ en un reciente trabajo. El antiguo Presidente de la Corte Costituzionale postula la necesidad de modernizar la teoría y métodos del derecho constitucional italiano. Es menester ineludible: «introducir el parámetro de la modernidad cultural en la teoría y método de la ciencia constitucional italiana»¹⁴⁷. Así como la correlativa necesidad de dar «a semejante exigencia una respuesta adecuada a nuestra tradición jurídica a través de una teoría constitucional de los valores»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Morelli, citado anteriormente, pág. 5.

¹⁴⁶ Antonio Baldassarre: «Constitución y teoría de los valores» en «Revista de las Cortes Generales» n.º 32, Segundo cuatrimestre 1994, pág. 7 y ss.

¹⁴⁷ Baldassarre, citado anteriormente, pág. 8.

¹⁴⁸ Baldassarre, citado anteriormente, pág. 34.

El autor describe las raíces históricas y teóricas del formalismo predominante en la doctrina constitucional italiana; el influjo germano sobre aquella emitiendo juicios y comentarios muy acertados.

Al final de su artículo examinó la teoría constitucional como teoría de los valores constitucionales con la que coincido porque, hace tiempo, la defendiendo en mis escritos. Recomiendo la lectura de este estudio cuyas reflexiones pueden aplicarse para comprender y explicar, interpretar y aplicar nuestro ordenamiento fundamental desde su dimensión axiológica¹⁴⁹.

IX. IUSNATURALISMO CRÍTICO-IUSPERSONALISTA COMUNITARIO, FUNDADO EN VALORES

1. Fundamentos iusnaturalistas y axiológicos de la persona

El concepto de persona deriva de la filosofía griega. Procede, como dice Werbick¹⁵⁰ de la unión de dos tradiciones terminológicas (*prosopon e hipostasís*) siempre en permanente tensión. Es un concepto básico en la doctrina de la trinidad: una substancia, tres personas (Tertuliano).

La reelaboración posterior del concepto de persona se debe a Boecio (482-525), el «último romano y el primer escolástico». Entendía como persona la *rationalis naturae individua substantia*.

¹⁴⁹ Al terminar esta parte, me interesa señalar la profunda impresión que sentí al leer la obra del filósofo Louis Lavelle sobre la existencia y el valor: *L'existence et la valeur. Leçon inaugurale et résumés des cours au Collège de France* (1941-1951). Préface de Pierre Hádót. Documents et inédites du Collège de France 1991 págs. 32-33. (El problema de la existencia no puede dissociarse del problema del valor, pág. 110. Carácter de los valores económicos, págs. 112-113 y los valores morales).

¹⁵⁰ Jürzgen Werbick: «Diccionario de conceptos teológicos» citado anteriormente, pág. 228.

Santo Tomás De Aquino siguió la línea de Boecio subrayando, en el plano metafísico, que la substancia no se apoya en ningún otro ente. De modo más explícito —explica Werbick— que Boecio y Santo Tomás entienden, la subsistencia espiritual de la persona como retorno a sí mismo. Así la autonomía se actualiza en el sentido de que al relacionarse con todo lo demás se relaciona consigo misma y así misma se sostiene.

No es menester subrayar el potente influjo que el concepto teológico de persona ejerció sobre el iusnaturalismo continuando afirmaciones de filósofos y juristas grecolatinos como Hermogeniano: *Omne ius causa hominis constituta est*; de Cicerón y de Séneca: *Homo res sacra homini*. Como precursor del Renacimiento contamos con el catalán Ramón Sabunde (muerto en 1436) que señaló al hombre como centro de la naturaleza que asciende a Dios. Ya entre los renacentistas Pico de la Mirandola¹⁵¹ y la famosa élite intelectual europea Santo Tomás Moro, Erasmo de Rotterdam y el valenciano Luis Vives cuyas relaciones de amistad y admiración intelectual entre ellos son conocidas. La majestad de la persona es imprescindible si consideramos al hombre considerando de sus connotaciones lógicas, ontológicas y deontológicas. El conocimiento de la persona exige una comprensión de su naturaleza espiritual, de su dignidad. Mientras los supuestos infraespirituales desaparecen completamente a servicio de la especie, la persona tiene su destino y su fin que están por encima del bien de la especie y del todo social. Ello lleva al personalismo no sólo como movimiento además como categoría. La persona es una manifestación ontológica y además deontológica. Es anterior y está sobre el Estado. Este último tiene que reconocer y proteger su dignidad.

En tanto que la persona aparece como *res admirabilis* se comprende su majestad (Pico de la Mirandola) acreedora de respeto porque ha sido creada a imagen y semejanza de Dios, porque hay que considerarla no como un medio sino como un fin y es causa segunda de la Creación¹⁵².

¹⁵¹Juan Pico de la Mirandola (1463-1494) autor del famoso: «Discurso sobre la dignidad del hombre». Cfr. el certero análisis que hacen de sus ideas Giovanni Reale y Dario Antiseri en su «Historia del pensamiento filosófico y científico» Vol. II. «Del Humanismo a Kant (trad. Juan Andrés Iglesias). Editorial Herder Barcelona 1988, págs. 81 y ss.

¹⁵²Sobre la doctrina de la Creación. Cfr. Juan Luis Ruiz de la Peña: «Teología de la Creación» 2.ª ed. Editorial Sal Terrae Santander 1986. Sobre el hombre como imagen de Dios. Cfr. del mismo autor: «El don de Dios. Antropología Teología especial. Editorial Sal Terrae. Santander. 1991.

De este modo el examen iusnaturalista y axiológico de la persona, explica satisfactoriamente, el motivo capital que fundamenta el ordenamiento constitucional.

Ese examen contempla a la persona no de modo estático ni individualista sino de manera dinámica. Así el artículo 10.1 habla del libre desarrollo de la personalidad y lo mismo el 27.2 y el 45.1.

No es menester insistir en la función primordial que ejerce el iusnaturalismo crítico para promover y remover los obstáculos para facilitar la efectividad de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. A mi juicio, el término individuo no cuadra con la *ratio* y *telos* de la norma transformadora de la sociedad porque el propósito de la disposición 9.2 inspirada en la justicia social, no contempla al hombre *uti singulis*, sino *uti socius* según se desprende del artículo 2.º de la Constitución italiana.

2. El iusnaturalismo comunitario como finalidad valiosa

Si partimos de la conocida dicotomía Comunidad ≠ Sociedad establecida por el sociólogo alemán F. Tönnies, en 1887, podríamos afirmar que el iusnaturalismo es antes comunitario que societario. Ahora bien, esto hay que matizarlo porque la inclinación típicamente germana a servirse de pares de conceptos, y aun de triadas, como sociedad abierta ≠ sociedad cerrada de Popper; disyunción irreductible entre amigo y enemigo para explicar el concepto de lo político (Schmitt); solidaridad por semejanzas y solidaridad por división del trabajo (Durkheim y Duguit); normativismo-decisionismo y pensamiento según órdenes concretos (Schmit), etc., corren el riesgo de establecer contraposiciones rígidas que no coinciden plenamente con la realidad. Se pueden advertir, anticipos societarios en la Comunidad y residuos comunitarios en la Sociedad y en otras dicotomías y tricotomías ocurre lo mismo.

En la obra de Tönnies, sobre la que gravita cierto influjo romántico, lo que nos interesa es resaltar que el mundo comunitario regido por la voluntad esencial (*Wessenswill*) implica elementos morales, de sentimientos que se atenuan o terminan por desaparecer en el mundo societario regido por el cálculo y la voluntad societaria. (*Kürwille*). Según esto la lengua, las creencias religiosas, son ejemplos comunitarios en tanto que el mercado lo es de carácter societario. Estos ejemplos no deben trivializar la profundidad del pensamiento de Tönnies ni tomarse como modelos unilaterales para organizar la convivencia. En sentido semejante se mueve Theodor Litt (1880-1962) maestro, como señalabamos antes, de Rudolf Smend.

Según el Vries¹⁵³ Comunidad frente a Sociedad «...designa aquellas configuraciones sociales que descansan en una unidad de actitud, amor y aspiración moral. La plena comunidad de vida no parece necesaria para la “Comunidad” pero sí la elevación personal de sus miembros». A juicio de este autor, no cabe negar a la comunidad una Constitución para garantizar, al menos a la larga, una búsqueda eficaz de sus fines. En suma, la captación o comprensión de lo que sean Comunidad y sociedad me parece que sigue el camino del método *Vers- tehen* (comprender corresponde al mundo de las ciencias del espíritu y no al de las ciencias naturales como sugirió Dilthey, y siguió Rickert pasando luego por Husserl y a la filosofía de los valores recibido por Smend en su *Integrationsleh- re*). En este orden de cosas, el iusnaturalismo comunitario significa una mayor atención a las motivaciones profundas de la convivencia humana. Ello no quiere decir retroceder a tradiciones anquilosadas, a un mundo pasado exaltado por el romanticismo restauracionista, ni a una condena del progreso cultural, científico, político y social porque contrastaría con la índole crítica del iusnaturalismo.

El iusnaturalismo comunitario entraña la vuelta a los valores imprescindibles para la sociedad civil respetuosa de la persona. Significa también la crítica de las estructuras políticosociales que impiden la plena libertad y desarrollo de la persona.

3. El iusnaturalismo como iuspersonalismo

La persona no es una simple máscara que desempeña un papel en el gran teatro de mundo. Ciertamente la persona cumple un papel en la sociedad; y en el Estado. Una tarea muy seria. Lo es porque todo hombre es criatura valiosa. El criminal no deja de serlo por muy odiosos que sean sus delitos, sigue teniendo dignidad Cfr. Artículos 15 y 25.2 La naturaleza humana es esencial, metafísica, y racionalmente autónoma. Por ello, el hombre tiene dignidad. Ahora bien, la afirmación anterior que explican los teólogos y los filósofos cristianos necesita, una vez reconocida, garantizarse por la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico. También requiere que se fomente el libre desarrollo de su personalidad. Este despliegue no es permitido, aunque sus textos Fundamentales lo propugnen en Estados totalitarios y en las dictaduras cualquiera que sea su signo. Aun en los países democráticos encontramos doctrinas y prácticas que lo dificultan. No obstante, sus instituciones y procedimientos a veces se esfuerzan por corregir los abusos.

¹⁵³De Vries, artículo «Comunidad» en «Diccionario de Filosofía, citado anteriormente, pág. 116.

El iusnaturalismo, en su función crítica, contribuye en la lucha contra la arbitrariedad y la opresión. La alternancia en el poder, la crítica parlamentaria, los medios de comunicación de masas aportan también sus esfuerzos aunque tropiezan con dificultades.

La comprensión del iusnaturalismo crítico como iuspersonalismo confirma el contenido del Estado social y Democrático de Derecho. Este iuspersonalismo se funda, como vimos, no sólo en la ley, instrumento indispensable, sino, además, en el Derecho. La letra del Estado de Derecho, Derecho con mayúsculas que entrelaza la conjunción es análoga a la del Derecho, del artículo 103.1 también escrito con mayúsculas. Por lo menos desde ese punto de vista literal es significativo. Aunque no es función de la interpretación constitucional más bien compete al comentarista analizar el mayor o menor acierto de las palabras de la ley o del esteticismo de su expresión, es mandato constitucional que las normas han de interpretarse según el sentido propio de sus palabras. Lo cierto es que el término Derecho aparece literalmente como indicamos lo cual no es baladí. No hay desarrollo pleno de la persona sin fundamentación axiológica cualquier otra parece insuficiente.

La fundamentación neopositivista se mueve conforme al constructivismo del método dogmático formalista. Adolece de nominalismo jurídico. La legitimación-fundamentación de los valores superiores positivista, conduce a una desocialización, desustancialización del derecho.

Además, en lugar de buscar una fundamentación-justificación axiológica por encima de la normatividad, se autofundamenta, se autolegitima, en definitiva, absorbe la metafísica, que tanto rechaza, introduciéndola en su seno. Si el iusnaturalismo y los valores critican el orden establecido, no le importa porque el ordenamiento jurídico se impone a sí mismo. Es el derecho positivo *positum*, el único que vale porque es creado por los órganos estatales legiferantes. Se deroga, se modifica e interpreta según los mandatos jurídicos estatales. Si el Estado se concibe como de Derecho es porque los Constituyentes lo decidieron. Así, pues, el ordenamiento jurídico estatal concebido de ese modo, en definitiva, es un obstáculo para el Estado social y democrático de derecho. ¿Cómo es esto? Lo es porque el agnosticismo axiológico le deja inerte ante los enemigos del Estado de Derecho. Lo es porque el ordenamiento tiene lagunas porque el Estado de Derecho así concebido sí es un Estado pero ¿de Derecho? Será un Estado que manipule el Derecho. Los nuevos Príncipes contarán entonces con un poderoso aliado. Con la clase gobernante, que utiliza el Estado como Poder, como fuerza irresistible con el que enmascaran, manipulan el derecho, si así se le puede llamar.

4. Los cuatro frentes en que actúa el iusnaturalismo crítico

Conviene precisar el contenido crítico del iusnaturalismo. Vamos a verlo:

a) El iusnaturalismo crítico opera contra el positivismo jurídico en cualquiera de sus interpretaciones. Ello no significa que no reconozca la eficacia y logros del método técnico-jurídico correctamente entendido y aplicado.

b) Actúa, también, contra el iusnaturalismo racionalista porque es la fuente del positivismo y del individualismo.

c) Critica las versiones obsoletas del iusnaturalismo decadente que no fueron capaces de comprender las profundas transformaciones ocurridas en el tránsito violento de la ideología, instituciones y estructura socioeconómica del Antiguo Régimen al Estado liberal. Aferrado al pasado sostuvo, siguiendo a los contrarrevolucionarios franceses, germanos, italianos y españoles, un apego cerrado a los cambios acaecidos, adoptando, así, posiciones reaccionarias. La pasión romántica y la reluctancia a cualquier cambio, impidió la apertura a un mundo y sociedad que pese al excelente estilo literario de sus representantes (De Maistre, De Bonald, Chateaubriand, Donoso Cortés) fueron ciegos para siquiera entrever el progreso irresistible de la libertad y de la igualdad de condiciones como comprendió el clarividente Tocqueville.

d) El iusnaturalismo crítico censura el neocapitalismo contemporáneo con sus residuos individualistas y del mismo modo al socialismo estatalista, al materialismo de las democracias de corte marxista y al materialismo neocapitalista que subyuga a la persona.

Ahora bien, el iusnaturalismo crítico no es un movimiento político. Tampoco reclama que sus defensores tengan que inscribirse en un determinado partido. Su mensaje es comunitario y personalista. Es decir, apunta a toda la sociedad, sea estatal, comunitaria o internacional.

Según esto alguien podría interpretarlo como una religión o como un sustitutivo de esta en un mundo secularizado. En este sentido el iusnaturalismo comunitario iuspersonalista vendría a ser una religión de segunda mano que contendría un mensaje salvífico y así lo presentarían como un saber de salvación *hic et nunc*. En esta línea se admitiría una especie de iusnaturalismo no trascendente sino mundanal. Así, conceptos como dignidad humana, naturaleza de las cosas, esencia de los derechos fundamentales, primacía del Derecho sobre la ley,

valores superiores del ordenamiento jurídico, sobre los cuales el neopositivismo con sus elegantes construcciones muestra incapacidad para resolverlas, serían explicadas unilateralmente desde una perspectiva imanentista.

De esta guisa topamos con el difícil problema de la fe y de las creencias religiosas. Ya dijimos que el iusnaturalismo no versa, sobre la fe puesto que esta última no es natural, sino sobrenatural en cuando don divino. A quien no cree en lo sobrenatural, o ha perdido la fe, no puede imponérsela. Así, pues, el iusnaturalismo no es fideístico. No encuentro en los textos bíblicos en el decálogo, un mandamiento que hable del derecho natural, si bien todos los mandamientos se dirigen a todos los hombres y, a mayor abundamiento el mensaje de Cristo no contradice la ley natural. Tampoco los valores son artículos de fe a pesar de su superioridad, jerarquizado, aunque se hable, metafóricamente, del cielo de los valores.

La trascendencia del iusnaturalismo no es de índole estrictamente religiosa. Si la ley natural participa de la ley eterna por la criatura racional y, a su vez la ley positiva se deriva de y se apoya en aquella, se infiere que no versa sobre la naturaleza física cuyo examen corresponde a las ciencias naturales con sus correspondientes regularidades, sino a la naturaleza humana cuyo entendimiento compete a las ciencias de la cultura donde mora el derecho, en cuanto este realiza valores en la sociedad.

A veces la sociedad se aparta, o tergiversa, la naturaleza o la traiciona mediante sofisticaciones, manipulaciones y terribles excesos (Hiroshima, Nagasaki, Auschwitz). En estos casos cuando la cultura, mejor dicho la civilización, rompe con la naturaleza el hombre paga esta desviación, aquí cobra sentido el grito de Rousseau: ¡volvamos a la Naturaleza! El concepto de naturaleza desde el punto de vista antropológico, y filosófico, que informa al iusnaturalismo crítico, concebido como iuspersonalismo comunitario, es, metafísico lo cual no significa que desconozca la textura psicofísica del hombre. Se basa en elementos ontológicos y estimativos. En este orden de cosas, en la medida que el iusnaturalismo no religioso admite aquellas bases, su convergencia con el iusnaturalismo apoyado en la fe cristiana es fácil porque los dos critican y superan el positivismo jurídico. No nos atrevemos a decir que el iusnaturalismo increyente coincide con el cristiano porque es una evocación del religioso o aun que le satisfaría creer en él. No deben entremezclarse, apologeticamente, las creencias con las ideas.

Por otro lado, un iusnaturalismo concebido como instrumento, más o menos coercitivo, puede degenerar en fundamentalismo opresivo o por lo menos en antipático, que desprecia la tolerancia, imprescindible para la vida civil.

En definitiva, es difícil el desarrollo completo de la persona y de sus derechos inviolables, sin fundamentos axiológicos. El iusnaturalismo crítico, fundado en valores y concebido como iuspersonalismo es la mejor ayuda para la esperanza humana en un mundo que ha visto cómo la excesiva secularización ha roto, u olvidado, sus lazos con la trascendencia.

X. EL IUSNATURALISMO CRÍTICO, IUSPERSONALISTA Y COMUNITARIO

1. El iusnaturalismo crítico personalista frente al enmascaramiento de la persona. Máscara y convivencia auténtica en la sociedad política

Hemos dicho algo sobre la etimología de la persona: amplificar el volumen de la voz mediante una máscara que utilizaban los actores en las representaciones teatrales. Otras acepciones se refieren a desempeñar un papel en la sociedad y a representar a la civitas (*civitatis personam genere*). Por su parte la *representatio* es la acción de poner algo ante los ojos (*coram publicum*). Hacer patente lo que está latente. No voy a detenerme mucho en la crítica marxista de la sociedad burguesa en cuanto enmascaradora de la explotación del proletariado por ser conocida y de su replanteamiento con otros matices. En las condiciones del capitalismo el derecho y el Estado se ponen al servicio de los capitalistas disfrazando con retórica y ficciones el discurso normativo, institucional y funcional de los aparatos del poder. En este sentido el sistema económico frío, calculador dispone del beneficio exclusivo de los medios de la producción. Para que esta situación sea tolerable la publicidad y la propaganda son instrumentos útiles que adormecen al pueblo. La parafernalia del Estado de Derecho, las declaraciones de Derechos, la separación de poderes, las Constituciones, las elecciones, etc. enmascaran la dura realidad de la enajenación de los trabajadores.

No se me oculta que hace tiempo los partidos comunistas europeos han aceptado y apoyan las instituciones básicas que acabo de mencionar, aunque consideren que operan dentro de estructuras socioeconómicas impuestas que deben corregirse. El paleomarxismo y sus conocidos intérpretes han sido sustituidos por personas y grupos que reconocen el papel importante que aquellas

instituciones cumplen. Con todo hay que acomodarlas a una sociedad solidaria, justa, avanzada. Los primeros socialistas fueron liberales desencantados (Sismondi) la renovación de los comunistas europeos ha significado el repudio del terror estalinista y de la violencia para conseguir sus objetivos. En la actualidad el nuevo *homo œconomicus* cuyo talante frío y calculador condicionado por la economía del mercado neocapitalista enmascaren, de modo más atenuado, las relaciones interhumanas en el Estado de bienestar establecido después de la segunda guerra mundial. En compensación la política económica del desarrollo, del trabajo para todos, de la planificación de la industria, de la productividad, contribuyeron a la verdadera reconstrucción de Europa con la ayuda norteamericana (Plan Marshall), excluyendo a España por carecer de instituciones democráticas. El llamado milagro alemán siguiendo el modelo de una economía social de mercado se consideró como un avance importante. Así la política económica del Canciller Erhard fue celebrada como un éxito.

La bibliografía sobre el asunto es extensa. Por otro lado para autores como Otta Sirk¹⁵⁴ el problema consiste en encontrar una tercera vía entre el capitalismo y el socialismo a fin de establecer un orden socioeconómico más justo.

Empero los años de vacas gordas acaban, la crisis del petróleo, el exceso de burocracia, el aumento de la población y las indudables frustraciones que surgieron del *Welfare State* cedieron el puesto al llamado Estado del malestar: de este modo la crítica socialista y comunista recibió nuevos bríos señalando las insuficiencias enmascaradas por el neocapitalismo. Diversos representantes de la escuela de Frankfurt¹⁵⁵ señalaron el déficit del Estado social de Derecho: retorno del paro, proletarización de las estructuras sociales intermedias, carestía de vida, falta de vivienda, desencanto ante las promesas incumplidas de la clase dirigente, etc.

Ante esta frustrante situación cuyas raíces no pudieron o no se atrevieron a arrancar los felices años de las postguerra, es natural que el desenmascaramiento del Estado de bienestar preocupase a numerosos pensadores, filósofos, sociólogos y economistas a los que hay que añadir teólogos católicos y

¹⁵⁴Ota Sirk: «La tercera vía. La tesis marxista-leninista y la moderna sociedad industrial» (trad. de Manuel Arbolí) Fondo de Cultura Económica. México-Madrid-Buenos Aires. 1977.

¹⁵⁵Cfr. la conocida obra de Wolfgang Abendroth: «Sociedad antagónica y democracia política. Ensayo sobre sociología política». (trad. Manuel Sacristán) Ediciones Grijalbo. Barcelona-México 1973.

protestantes. El pasado *Welfare State* fue un proyecto que pese a sus logros parciales terminó por ser una ilusión fugaz. A mayor abundamiento, se habló del fin de las ideologías tesis aplicable también a la ideología neocapitalista. No puede olvidarse la ofensiva neoliberal contra las críticas apuntadas. Recordemos entre otros a von Mises, a Galbraith y, sobre todo a Hayek¹⁵⁶ autor de un famoso libro que enseguida se difundió por todo el mundo occidental y, por supuesto los escritos de Popper¹⁵⁷. En definitiva, el vivir del hombre en la sociedad la conformación de ésta por el derecho según una ideología (liberal, demoliberal más o menos socializada, socialista, fascista, comunista) y dentro de unas estructuras políticas, produce siempre un enmascaramiento de la clase dirigente (políticos, financieros, burócratas, tecnócratas, que son portadores de máscaras más o menos aparentes que condicionan —no determinan— su actuación ante la prensa, la publicidad comercial y financiera, la propaganda de los partidos sobre todo en las campañas electorales, la competitividad económica cuando sus desafueros, afectan, en mayor o menor grado, la conducta de la persona, sin olvidar la informática (que pese a lo que dice el artículo 18.4 «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», existen resquicios a cuyo través, desgraciadamente, se filtran abusos¹⁵⁸.

Aunque estas críticas señalan lo que pasa, algunas veces con exageración, lo que interesa es conocer bien las causas que producen el malestar de la sociedad política para aplicar la terapia conveniente.

El enmascaramiento de la vida política, económica, incluso cultural, se debe al unidimensionalismo antropológico ya considerando a la persona como un fetiche económico, el famoso *homo oeconomicus* atribuido a Adam Smith ya sean los fetiches contemporáneos del *homo technocraticus* o del hombre informatizado. Todos ellos ocultan su faz mediante la máscara del cálculo, de la técnica, del saber, de la cultura y el arte sometidos al poder político, económico,

¹⁵⁶Friedrich A. Hayek: «Camino de Servidumbre» trad. J. Vergara. Editorial «Revista de derecho privado». Madrid, 1996.

¹⁵⁷Karl R. Popper: «La miseria del historicismo» (trad. Pedro Schwartz) Taurus Ediciones Madrid, 1984. «La sociedad abierta y sus enemigos» (trad. de Eduardo Loedel). Editorial Paidós. Buenos Aires-Madrid 1992. Sobre esta obra Cfr. mi monografía: «La Constitución abierta y sus «enemigos»: Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense Ediciones Besamar Madrid 1993, págs. 21 y ss.

¹⁵⁸Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva: «El derecho a la autodeterminación informativa», Tecnos Madrid 1990 y Carlos Ruiz Miguel «en torno a la protección de los datos personales automatizados en Rep n.º 89 Madrid, 1994.

financiero, de los medios de comunicación y de los partidos. Por tanto, la misión del iusnaturalismo comunitario concebido como iuspersonalismo, consiste en quitar la máscara que oculta su verdadera personalidad. Esta tarea es difícil aunque no totalmente imposible. Es difícil, porque lamentablemente los pertenecientes a esos tipos antropológicos se aferran a su correspondiente máscara. A lo sumo la levantan un poco. Sólo en el entorno familiar o en reducido círculo de amigos la retiran.

La tarea de desenmascarar la vida sociopolítica no por eso ha de abandonarse. Estamos ante una lucha por la visión auténtica de la persona. Si esta lucha consigue algún éxito contribuyendo a levantar el disfraz de la persona, reconociendo y protegiendo su auténtica sustancia valiosa, se podrá vivir en comunidad de modo más completo. No obstante, esto sería tan sublime que parafraseando a Rosseau, esa comunidad tan perfecta no es propia de los hombres sino de los dioses.

2. ¿Hasta qué punto el derecho constitucional enmascara la realidad política?

Parece reiterativo decir que para pensadores como Nietzsche el Estado es el monstruo frío, del más frío de los monstruos y en esa línea el anarquismo lo califica como mal absoluto. Añadamos que si el derecho es producto del poder estatal único legiferante, entonces corre el peligro de convertirse en un instrumento temible.

Esta argumentación puede considerarse errónea vista desde el liberalismo que lo considera como mal necesario pero no absoluto. En efecto, ¿acaso no se debe a la ideología liberal y al iusnaturalismo individualista que inspiró luego al Estado de Derecho el rescate de los derechos del hombre?

Sólo si se niega que el derecho es anterior al Estado y que este último ha de someterse al derecho cabe hablar de Estado de Derecho.

La experiencia política de muchos países confirma que el Estado, hasta ahora, máxima manifestación de la cultura política euroatlántica, dispone todavía de medios poderosos para imponerse a la juridicidad. La razón de Estado, los servicios de inteligencia, el control de algunos medios de comunicación, etc. condiciona que el Estado se «justifique» (?) cubriendo su demoníaca faz. Así, pues, asistimos a la manipulación sinuosa, encubierta, de los dirigentes políticos, de partidos que se autodenominan democráticos, de las garantías e instituciones

que caracterizan al Estado de Derecho. Así, se corrobora nuestra tesis que una cosa es *tener* un Estado de Derecho y otra harto diferente *estar* en él.

Si no se respeta el contenido esencial y estimativo del Estado de Derecho, aunque éste lo enuncie su Carta Magna, es inútil hablar de un auténtico Estado de Derecho. El hecho de que los Estados autoritarios y aun más los totalitarios contengan disposiciones en sus textos fundamentales similares a los de los Estados ajustados al derecho, operan en la realidad contra el contenido y sentido de un Estado sometido a normas previas elaboradas por un ordenamiento representativo. Ahora bien, cuando en Estados democráticos con Constituciones que proclaman los postulados del Estado social y democrático y, no obstante utiliza, su clan dirigente, procedimientos arbitrarios, injustos, incluso adoptando medidas delictivas, no sólo significa rendirse, conscientemente, al monstruo estatal, es algo más, es un escándalo, un sarcasmo, difícil de soportar.

La marcha progresiva del Estado de Derecho a través de sus diferentes concreciones: como liberal, demoliberal, social y democrático, equivale a un proceso intencionado de desenmascaramiento social y democrático, equivale a un proceso coherente de desenmascaramiento de las estructuras socioeconómicas y de las políticas que impedían su aparición y despliegue: del individualismo económico, del *laissez faire*, del socialismo traumatizador, del fascismo opresor de la libertad, del comunismo estatalista degradante de la persona, del neocapitalismo tecnocrático materialista.

Nuestra Constitución se refiere a la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a aquella (art. 9.º.1); del respeto a la Constitución y a la ley (artículos 6.º y 7.º); del sometimiento pleno de la Administración pública a la ley y al Derecho (art. 103.1). Por último, el artículo 117.1 dispone que los jueces y magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley». Aunque cabría precisar matices diferenciales entre estos términos, me interesa señalar mi preferencia por la expresión imperio de la ley que enlaza con la tradición anglosajona del *rule of law* y en cierta medida con el *due process of law*. Además, el preámbulo constitucional afirma como deseo de la nación española, en uso de su soberanía: «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular». Es claro que tal aserción identifica el imperio de la ley con el Estado de Derecho. Muchos antes que el *rule of law* y el *Rechtsstaat*, un texto anónimo del Grecia clásica expresó, bellamente lo anterior «Ellos (los atenienses) alardean de que son libres, pero no es cierto están sometidos a un déspota: las leyes «la ley, afirmaba Aristóteles, es más suave que los hombres. La alabanza de la ley es un rasgo típico de la *paideia* griega.

El título que encabeza este epígrafe reconozco que es un tanto provocador. En efecto, ¿Cómo es posible admitir que el Derecho, con mayúscula, que pueda atreverse a mantener que el derecho constitucional, enmascaran la realidad política en el sentido que en párrafos anteriores he descrito? Vamos a precisar.

Ante todo es una pregunta que me planteo como una hipótesis sugerente, como una interrogación que conviene despejar. Me parece que la contestación es esta: El derecho, el Estado de Derecho y la concepción profunda del Derecho a la que se refiere el artículo 103.1, no pretenden enmascarar, disfrazar la realidad política, sino encauzarla, limitarla y ponerla al servicio de la dignidad humana. Es el firme propósito de la normativa constitucional mencionada desarrollada por la jurisprudencia constitucional. (STC, 53/85 de 11 de abril. Fundamentos jurídicos 3 y 4. STC 120/90 de 27 de junio. Fundamento jurídico 4.)

Aquí nos referimos a la posibilidad indeseable que el derecho positivo pervierta, enmascarando al Derecho olvidando la profunda valoración del hombre y de sus relaciones con los demás. Por supuesto que no sostengo, ni siquiera insinuo, que todo derecho positivo se incline a esa perversión porque antes me referí a los auténticos pervertidores y enmascaradores de la juridicidad.

Lo que me interesa explicar es que en algunas fases del constitucionalismo podemos descubrir momentos significativos de enmascaramiento de la realidad política y lo mismo puede decirse de la doctrina positivista correspondiente. En efecto, el constitucionalismo primerizo germano enmascaró la realidad política de los Estados alemanes antes del *II Reich*, apoyaba la decisión última de sus monarcas. La doctrina de los derechos públicos subjetivos de Gerber, ya en el Imperio guillermino, emprendió el mismo camino con Paul Laband jurista «oficial» del Reich y con Georg Jellinek. Basta releer la famosa conferencia de Lassalle contestando a la pregunta. ¿Qué es una Constitución?¹⁵⁹ para corroborarlo. La Constitución de 1871 enmascaró los auténticos poderes del *Kaisertum*: los *Junker*, la burguesía, el ejército, los obreros como factores reales de poder.

Durante la República de Weimar, su Constitución de 1919 no armonizaba con la realidad sociopolítica y la doctrina y los comentaristas de la misma con su positivismo y agnosticismo contribuyeron, según opinión de algunos un poco exagerada, a la *reductio ad hitlerum*.

¹⁵⁹Ferdinand Lassalle: «¿Qué es una Constitución?» (trad. de Wenceslao Roces). Ediciones Siglo Veinte. Buenos Aires, 1957.

En Italia, el viejo Estatuto Albertino de 1848 que duró casi un siglo, pasó de la Monarquía doctrinaria a la parlamentaria e incluso el fascismo no lo derogó. Dictó la ley del Gran Consejo de Fascismo *toto coelum* contradictorio con el Estatuto.

Si nos fijamos en el proceso democratizador de las elecciones generales, todas las modificaciones acometidas, incluidas las de representación proporcional ocultaban propósitos de permanencia en el poder de las personas y fuerzas políticas que les apoyaban.

El profesor Lucas Murillo de la Cueva¹⁶⁰ sostiene que la representación, la democracia y la democracia representativa son complejas y problemáticas pero no tanto desde el punto de vista jurídico. «Donde se juega su existencia y su desarrollo es en el campo político. El derecho constitucional sólo puede ofrecer los cauces procesales y la garantía de la observancia de sus formas externas con ciertos límites y cautelas. Lo demás queda como todo, fuera de su alcance». En consecuencia, el ordenamiento constitucional español tiende a autentificar la convivencia de los ciudadanos otra cosa son las perplejidades que suscita la correcta interpretación de sus disposiciones por los poderes públicos controlados por la clase política dominante que aplica dichos preceptos para perpetuar su dominación. Cuando esto ocurre el «derecho» (?) que aplica es una cobertura que enmascara los intereses parciales de los dominantes.

En este contexto es interesante recordar la aportación de los neomaquiavelistas calificación utilizada por Burnham¹⁶¹ para designar a Mosca Pareto y Michels que mantenían puntos de vista coincidentes para desentrañar los disfraces que diversos movimientos políticos y sus dirigentes emplean para lograr la adhesión de las masas. Así la fórmula política (Mosca) el juego de los residuos y derivaciones (Pareto) y la ley de bronce de las oligarquías (Michels), son instrumentos eficacísimos para mantenerse en el poder en la medida que sirven para disimular el dominio de la élite en el poder. De este modo estos autores, y otros que en aquellos se inspiran, realizan una radiografía en profundidad del manejo de los resortes de la poderosidad y de sus artilugios para disimular este fenómeno magistralmente descrito por Maquiavelo y recientemente analizado por Pietro Negri¹⁶².

¹⁶⁰Pablo Lucas Murillo de la Cueva: «Problemas constitucionales de la representación política» en «Debate Abierto». Revista de Ciencias Sociales n.º 7, Primavera Madrid 1992, pág. 147.

¹⁶¹James Burnham: «Los maquiavelista defensores de la libertad».

¹⁶²Toni Negri: «El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad» (trad. de C. de Marco) Libertarias Prodhufi. Madrid 1994 pág. 614 y ss.

En la doctrina constitucional, relativamente reciente, Lowenstein en su conocida y didáctica clasificación de las Constituciones, inspirada, probablemente por Lassalle, se advierte, en las Constituciones nominales y semánticas, la función enmascaradora del derecho constitucional. Ello se corrobora en el constitucionalismo del socialismo real impuesta en la desaparecida URSS y en sus Estados satélites y todavía en otros países sometidos a dictaduras en los países del llamado tercer mundo.

Vale la pena añadir algo más sobre la posible función enmascaradora de la dogmática jurídica positivista.

Si bien es cierto, como indicamos, que no corresponde al derecho constitucional coincidir totalmente con la realidad política cosa que demuestra el artículo 9.º.2, tantas veces citado porque es significativo, la cuestión estriba en profundizar en qué medida armonizan sus mandatos con lo que ocurre en la realidad político-social. Sucede que muchas veces la preceptiva constitucional dice una cosa y la realidad política subyacente otra muy distinta. Esta especie de *averroísmo constitucional* es dolencia grave. Basta el ejemplo del artículo 67.2: «Los miembros de las Cortes generales no están ligados por mandato imperativo». Es ocioso observar que en la realidad política esto no se cumple aunque la jurisprudencia constitucional lo rechace justamente. Ciertamente la dogmática constitucional apoya, también esta posición acorde con las disposiciones del Tribunal Constitucional español. A veces la dogmática jurídica inspirándose en la romana ha resuelto, airosamente, mediante el juego de las presunciones (*iuris tantum et iuris et de iure*) problemas en el campo del derecho privado (ausencia, conmorencia, etc.), pero la cuestión es mucho más ardua en el ámbito del derecho constitucional. ¿Por qué? Por la sencilla razón que la función de las presunciones y las ficciones constitucionales aquí están teñidas por influjos ideológicos y partidistas. Si exceptuamos el caso de la presunción de inocencia (art. 24.2) que es una cautela lógica pues responde al respeto de la dignidad de la persona, evita procesos conminatorios y no se ajusta al *due process of law*, la mayoría de las presunciones y ficciones constitucionales no escapan al defecto antes señalado.

En el constitucionalismo continental europeo ejemplo notorio es la Carta Adicional del Imperio de Napoleón. Este llamó a Benjamín Constant para que redactara con urgencia una tabla de derechos. El ilustre constitucionalista suizo realizó esta tarea acaso ilusionado por un propósito vano; liberalizar el ordenamiento napoleónico. También Napoleón III siguió el mismo sendero enmascarando la realidad política en los últimos años antes de su derrota en Sedan. En sentido semejante el Zar Nicolás II encargó a su gobierno retocar, con diversas concesiones el ordenamiento zarista.

En el mismo sentido, cabría señalar en qué medida el doctrinamismo político del *xix* con la práctica monárquica de otorgar Constituciones a sus pueblos (Estatuto real de 1834 y, en Italia El Estatuto Albertino de 1848) se ajustó al uso de documentos fundamentales que disimulasen la correlación de fuerzas políticosociales subyacentes. Volviendo al campo doctrinal es interesante recordar la dolorosa pero honesta rectificación que el maestro Hans Kelsen manifestó al verse obligado a abandonar su concepto de la *Grundnorm* sostén y fuente de todo el ordenamiento jurídico, concebida como hipótesis y sustituirla por el término ficción. No creo que hasta ahora se haya reflexionado detenidamente en este significativo cambio que conmueve todo el edificio arquitectónico, *more geométrico* de la *Stufenbautheorie*.

3. ¿Enmascara el derecho constitucional económico la realidad socioeconómica?

Conviene ahora decir algo sobre la dimensión socioeconómica de la Constitución española para completar la representación gráfica del ordenamiento que establece. Así, se cierra su fundamentación axiológica, su inspiración ideológica, la penetración historicista que recoge, con la consideración de la estructura socioeconómica sobre la que descansa.

En el período de entreguerras la Constitución de Querétano de 1919 fue la pionera en introducir contenidos socioeconómicos en las Cartas fundamentales. Ahora bien, el ejemplo mexicano no ha tenido éxito debido al protagonismo político excluyente de una fuerza política, el PRI. Hace tiempo que este partido al monopolizar el ejercicio del poder no cumplió los mandatos constitucionales en ese campo. Las numerosísimas reformas constitucionales del documento de 1917 y la crisis intensa y extensa que sufre este gran país lo corroboran.

Dos años más tarde la Constitución alemana de 1919 introdujo una tabla de derechos socioeconómicos. En ese tiempo el profesor Hugo Sinzheimer consiguió introducir, en el plan de enseñanza universitaria, la disciplina del derecho del trabajo con plena sustantividad. Huelga decir que en España se tardó mucho tiempo en crear dicha disciplina independizándola del Derecho Privado.

En cuanto al derecho constitucional económico, algunos lo denominan derecho público económico, plantea problemas no tanto semánticos como metodológicos como indiqué en otra ocasión¹⁶³.

¹⁶³Pablo Lucas Verdú: «Curso de derecho político citado. Volumen 1.º págs. 42-43.

Carl Schmitt¹⁶⁴ en su trabajo sobre la Parte Segunda de la Constitución de Weimar escribió páginas sugestivas, por supuesto muy drásticas, sobre las contradicciones existentes en su articulado provodados por el afán de los diversos partidos que participaron en su discusión y culminación, de «colgar» en aquella principios correspondientes a cada una de sus ideologías. Así explicó cómo el acuerdo, o consenso, entre dichas fuerzas políticas sirvió para incorporar los a la preceptiva fundamental. Recordemos su análisis penetrante, de las cláusulas de compromiso, unas veces dilatorias, otras apócrifas, etc. Fue el resultado de contentar, a la postre sin éxito, a todos los partidos dejándolos en el fondo insatisfechos.

El brillante discípulo del autor e introductor de la *Verfassungslehre*, Otto Kirchheimer de orientación socialista de izquierda, posición que luego mitigó en su estancia en los EE.UU., sostuvo, en su famoso estudio sobre el indecisionismo del texto weimariano, que la Constitución de 1919 carecía de decisiones concretas y efectivas.

Algo parecido ocurrió en España en los comentarios de Alcalá Zamora, de Royo Villanova y de Pérez Serrano respecto a la Constitución republicana de 1931.

Dentro de este contexto, aunque mucho más tarde, hay que mencionar la controversia entre Carlo Lavagna y G. Rescigno acerca de si el programa socialista era congruente con la Constitución italiana. Mientras el primero no dudaba en dar una contestación afirmativa, el segundo en su interesante ensayo, un tanto panfletario, lo negaba rotundamente sin aceptar que el artículo 3.º.2 reproducido casi literalmente por el 9.º.2 de nuestra Constitución, sirviera de base para sustentar la tesis de su maestro. En definitiva, la posición del profesor italiano en el fondo sostiene la capacidad disimuladora, enmascaradora de los textos fundamentales burgueses.

Siguiendo la línea Querétaro-Weimar-Madrid-Roma en su tarea de configurar un Estado de Derecho más congruente con la realidad socioeconómica a que apuntaban, podemos decir que todavía caben dudas para calificar sus respectivas Constituciones congruentes con la realidad socioeconómica. Lo cual no significa negar totalmente los avances conseguidos para establecer una sociedad democrática avanzada. A mi entender la armonización del Estado social

¹⁶⁴Carl Schmitt: *Grundrechte und Grundpflichten* (1932) en *Verfassungsrechtliche Aufsätze cit.* pág. 182 y ss.

de Derecho con esa realidad no es patrimonio exclusivo, ni excluyente, de un partido político. Hemos visto como el liberalismo, *velis nolis*, se ha socializado en alguna medida. El socialismo se ha liberalizado, así como las tendencias de inspiración democristianas acentúan la preocupación por la justicia social. En la lucha electoral y en la orientación política que se esfuerzan en seguir, pretenden captar al electorado centrista de modo que las tendencias extremistas de izquierda y de derecha se convierten en casos testimoniales. Sólo quedan los grupos nacionalistas independentistas aquejados de un fundamento político agresivo.

4. ¿Deben las Cartas Fundamentales constitucionalizar el modelo de economía de mercado?

El artículo 38 de nuestra Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Comentaremos esta afirmación. ¿Qué significa esto? Veamos.

Ese reconocimiento parece implicar el concepto *natural* en el que se desenvuelve el mundo económico. Como es sabido, la idea de un orden natural económico procede de la escuela fisiocrática francesa. En su estancia en Francia Adam Smith experimentó el influjo de dicha escuela (Quesnay, Lamercier de la Rivière) luego regresó a principios del XIX al continente en las obras de J. B. Say y de Bastiat.

Las leyes naturales que rigen la economía se asemejan a las de la naturaleza. De ahí la denominación fisiocracia. Antes definió Montesquieu, la ley, como las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas son incoercibles. No pueden ni deben alterarse. Son las mismas que se imponen en la agricultura. Hay tiempos precisos para sembrar, cuidar y recolectar. En definitiva, dependen del Creador (Bastiat) cuya voluntad hay que respetar.

Combinadas estas ideas con el iusnaturalismo racionalista y su individualismo influirán en el ámbito político. Además, ese individualismo natural es contrario a cualquier intervencionismo estatal, porque es optimista como corrobora el expresivo pero reiterado tópico: *laissez faire, laissez passer*.

La cuestión estriba en saber si la economía de mercado se reconoce a la par que la libre iniciativa económica en el mismo nivel que los valores superiores del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales que derivan de la dignidad humana. Si fuera así el constituyente considera a la economía de mercado como un ente natural que se impone a los poderes constituidos radical-

mente. A mi juicio esto no es así aunque es preciso matizarlo. En efecto, el artículo 38 hay que interpretarlo en concordancia con el 9.º.2; el 40 y el 128, que subordina toda la riqueza del país en sus distintas formas, y su titularidad al interés general. Además, reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. (128.2). Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales especialmente en casos de monopolio y acordar la intervención de empresas si lo exige el interés general. A tenor del 129.2 los poderes públicos promoverán las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán las sociedades cooperativas. Por último, establecerán las medidas que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Estas disposiciones relativizan la precipitada inclusión, en el artículo 38 de la expresión en el marco de una economía de mercado cuyas connotaciones liberales-neocapitalistas son conocidas. No he encontrado expresión semejante en el derecho constitucional comparado. Creo que hubiera sido mejor calificar tal afirmación como economía social de mercado puesto que es congruente con el Estado Social de Derecho y, además, a eso tienden las disposiciones antes mencionadas.

De acuerdo con lo antes expuesto vamos a contestar a la pregunta que plantea este epígrafe: ¿se debe constitucionalizar el modelo de economía de mercado?

Mi respuesta es negativa a pesar de que numerosos economistas y sociólogos se manifiestan en sentido afirmativo.

Las razones que están a favor de la no inclusión son las siguientes:

a) Ante todo es obvio que toda sociedad política cuenta con un mercado incluyendo claro está también los comunistas conforme a su ideología totalitaria.

A ello contribuyó la acción monopolista del partido único. No es menester añadir que este modelo no fue satisfactorio y fracasó totalmente. Aunque luego se siguió una y extraña mezcla de libre iniciativa económica y planificación controlada por un sólo partido. Por lo tanto, estos países contaron con una economía controlada por el partido único.

b) El concepto de economía de mercado conduce a concebirlo como típico del liberalismo, del Estado liberal de Derecho, a pesar de que los preceptos que citamos rectifican esta idea. Pero lo que me interesa subrayar es que la economía de mercado no es un modelo eterno. Quiero decir que ha experimentado una serie de transformaciones, más o menos profundas, en todos los

países como ocurrió también en el derecho privado. Así, es bien conocido que el famoso Código Civil de Napoleón que influyó en otros muchos países, no lo reconocerían sus autores puesto que sus diversas reformas y la interpretación de sus disposiciones se ha apartado del modelo original individualista. Si esto es así, en el ámbito del derecho civil y mercantil, las transformaciones del derecho público, administrativo y constitucional, han sido más significativas. ¿Por qué? Por la sencilla razón que el derecho constitucional viene a ser como un sismógrafo que detecta las conmociones profundas de la realidad social que sirve de base. Además, la ideología que permea a las Constituciones es más intensa; los cambios ideológicos le afectan más directamente. Es conocida la rotunda tesis del ilustre administrativo germano Otto Mayer: el derecho constitucional pasa; el derecho administrativo permanece (*Verfassungsrecht vergeht; Verwaltungsrecht besteht*). Orgullosa manifestación de un autor al que se puede considerar como precursor de la administrativización del derecho constitucional.

Por lo tanto, los textos constitucionales conviene que se redacten, en la medida de lo posible con brevedad y sin complejidad evitando, a mayor abundamiento, expresiones muy comprometidas que a la postre son tergiversadas mediante la práctica legislativa, administrativa y judicial. Es esto lo que ocurre con la fórmula en una economía de mercado, si se entiende como transposición de una ideología paleoliberal incompatible con el Preámbulo y la preceptiva constitucionales que hemos mencionado.

c) Tanto si se concibe la economía de mercado como el punto de vista de los empresarios los trabajadores lo juzgarán como máscara que oculta el interés individualista y explotador. A su vez, si se considera según la óptica de los sindicatos obreros los empresarios serán vistos como una amenaza reaccionaría del orden social establecido.

En consecuencia, la inserción de la cláusula económica de mercado no es conveniente y aunque la fórmula economía social de mercado sería más apropiada, mejor sería no introducir en la Constitución el término del artículo 38.

En este sentido me adhiero a la argumentación de Badura¹⁶⁵ que voy a exponer. El profesor alemán se plantea si la Ley Fundamental de Bonn ofrece un modelo económico concreto. Antes la Constitución weimariana en los artículos 151-165 contenía un programa y unos principios de Constitución económica

¹⁶⁵Badura, citado anteriormente, pág. 146.

(*Wirtschaftsverfassung*). Algunas Constituciones de los *Länder* cuentan con él: Baviera, Hesse, Bremen. En cambio, la Ley Fundamental renuncia a una expresión concreta del orden económico, si bien una serie de prescripciones, garantías, derechos y libertades tienen alcance económico. Aunque de este precepto se deducen vinculaciones constitucionales de la legislación sobre política económica, no cabe inferir el postulado de la garantía de una determinada Constitución económica próxima a la economía social de mercado.

El Tribunal Constitucional de Karlsruhe mantiene la tesis de una neutralidad política y económica frente a quienes pretenden reducir de la Ley Fundamental de Bonn un marco, un modelo económico concreto. La doctrina de ese Tribunal sobre la neutralidad de la política económica de la Ley Fundamental acentúa la libertad política del legislador, sin negar los límites o vinculaciones constitucionales. Ello significa la apertura (*Offenheit*) de aquella a cualquiera finalidad, o programa, de una determinada ordenación o transformación económica.

5. Enmascaramiento de la persona: repercusión efectiva sobre sus derechos inherentes, inviolables.

Tipos antropológicos

Como final de este trabajo importa decir algo respecto a las graves consecuencias del enmascaramiento de la persona en favor de las diversas concepciones del hombre que hasta hoy han surgido.

De entrada diremos que ese enmascaramiento produce una despersonalización del hombre, de su contenido esencial, estimativo y del libre desarrollo de la personalidad a través de las formaciones sociales donde se desenvuelve. Ciertamente nuestra Constitución estima a la persona de modo elevado. Sucede, no obstante, que la estimativa constitucional, a veces, tropieza con obstáculos y dificultades para que se cumplan sus mandatos en este punto. A mayor abundamiento diferentes corrientes de pensamiento y la concepción del positivismo formalista sostiene una imagen humana despersonalizada perjudicando la percepción adecuada de los derechos humanos.

Para explicar ese argumento creo conveniente analizar varios tipos antropológicos más significativos que lo confirman.

a) *Tesis del optimismo antropológico*. Para el movimiento anarquista el hombre es naturalmente bueno por lo tanto cualquier heteronomía le perjudica y debe suprimirse para que todos puedan ser auténticamente libres: Abolición

del Estado, del Ejército, y por consiguiente de las guerras, etc. Es una afirmación extraordinaria que, por desgracia no cuadra con la realidad.

b) *La tesis diametralmente opuesta es el pesimismo antropológico.* La naturaleza humana es intrínsecamente mala de modo que el Estado se establece con todos sus instrumentos para establecer el orden.

c) *La tesis de inspiración cristiana: el hombre es una criatura falliente,* mantenida por el constitucionalista Hauriou.

Es claro que entre estas tres posiciones hay otras intermedias así, la del socialismo democrático: en las condiciones del capitalismo explotador el hombre no es bueno. Los explotadores por definición y los explotados aunque algunos se acomodan a él intentando ingresar en las filas de los primeros. La hipocresía de aquellos, cuando disimulan su rapacidad ensalzando la libérrima iniciativa económica que a la larga la mano invisible o la astucia de la razón hegeliana que equipara el académico Pinillos, resolverán los casos más hirientes.

d) *El hombre, resultado de las relaciones sociales de la producción.* Es la mantenida por el marxismo. Aunque ha experimentado modificaciones sobre todo en autores como Adam Schaf y en otros tanto en sus escritos como en diversas conversaciones con pensadores cristianos. De todos modos los conceptos de alienación del hombre como mercancía han contribuido a desenmascarar las obras del capitalismo y ahora del neocapitalismo. El impacto de estos conceptos se advierte en la llamada teología de la liberación.

Si ahora nos fijamos en los diversos tipos antropológicos en conexión con nuestro propósito, examinaremos el significado del *homo oeconomicus*; del *homo sovieticus*; del hombre fascista y del *homo technocraticus*.

e) El *homo oeconomicus*. Aquí no vamos a entrar en la cuestión si este tipo es genuino en la obra de Adam Smith o es una configuración que se deduce de una posterior interpretación doctrinal. Lo que importa, prescindiendo de su genealogía, es describir alguna de sus características como hizo Spranger. En síntesis el *homo oeconomicus* es un frío calculador, atento siempre a las vicisitudes del mercado para buscar su mayor beneficio. Esto le impulsa, inicialmente, a mantener un género de vida austero como se desprende de la «Autobiografía» de Benjamín Franklin y han analizado Sombart y Groethuysen entre otros.

Ello no significa que este tipo antropológico domine de modo absoluto. Viene a ser el tipo medio emblemático que caracteriza al liberalismo económico.

f) *El homo politicus*. Corresponderá al período de desarrollo y luego al esplendor del capitalismo liberal. No es menester aclarar que ello no significa que no se diesen hábiles políticos en tiempos basados. Basta recordar que Aristóteles subrayó la naturaleza política del hombre como *zoon politikon* y los líderes de épocas pasadas.

Aquí interesa subrayar el paso de la sociedad estamental a la sociedad de clases, del *status* al *contrato* (Summer Maine), del súbdito al ciudadano. En este sentido, el prototipo de *homo politicus* se desenvuelve dentro de unas estructuras sociales, económicas y culturales específicas, las del orden económico burgués encaminado al Estado liberal de Derecho. La libertad, la seguridad y la propiedad privada configuran a este tipo antropológico. Es cierto que en Inglaterra durante mucho tiempo la clase política dominante continuó nutriéndose de aristócratas que concibieron política con arreglo a los usos y posiciones de su clase, según las características del *gentleman*. Tales connotaciones eran congruentes con el juego parlamentario del siglo pasado y primer decenio del actual. El *fair play*, la oratoria escogida, el comportamiento de los políticos, no sólo en la Cámara de los Lores también en la de los Comunes, correspondía a ese talante.

Con el avance democratizador el tipo político de los parlamentarios variará, sobre todo con la aparición y consolidación del *Labour Party*.

No quiero decir que la vida política y el juego parlamentario se vulgaricen y se rompa drásticamente, con los usos y rituales celosamente mantenidos. Es tal la fuerza de la tradición política británica que aunque los políticos cambien de hábitos, el ejemplo pasado, matizado, se mantiene.

En el continente, particularmente en Alemania, ocurrirá en alguna medida lo mismo hasta la derrota de 1918. La clase parlamentaria multipartidista cambiará, profundamente en Weimar, en Italia y en Francia. Sus Parlamentos no serán foros de discusión correcta. La disciplina parlamentaria quebrará. El estilo del pasado será abandonado porque los grupos electorales y parlamentarios asumirán posiciones prácticamente irreductibles pues representan ideas, intereses, y talentos enfrentados. Es patente que las controversias entre socialdemócratas, socialistas independientes, liberales de derecha, de centro, comunistas y nacional-socialistas condujeron inexorablemente al *Reich* hitleriano. Si el *homo politicus* de épocas anteriores enmascaraba sus posiciones de privilegio, algunos políticos de entonces no disimulaban sus proyectos restauracionistas de la monarquía mientras que los extremistas de izquierdas exaltaban el modelo soviético y liberales y centristas asistieron atónitos al transcurso de los acontecimientos no deseados. Por su parte, la socialdemocracia aparte de sufrir la separación de los socialistas

independientes, mostraron fuertes reticencias a cooperar con los comunistas pese a las presiones de estos últimos. Los líderes de las dos tendencias en el exilio se inculparon recíprocamente del auge y victoria de los nacionalsocialistas. Hay que recordar el colaboracionismo de algunos miembros del Zentrum como von Papen que contribuyó, insensatamente, a la llegada al poder de Hitler.

g) *El homo technocraticus*. Es típico de nuestros días. En efecto, la necesidad de ampliar y especializarse en conocimientos económicos, informativos, financieros, publicitarios de captación de masas, ha provocado su rápido e importante auge. De este modo abogados, profesores, licenciados, dirigentes sindicales, etc. han sido desplazados por los tecnócratas nacionales y por los recientes *eurotecnócratas*. La tecnoestructura es una nueva dimensión estudiada por politólogos y constitucionalistas.

El novísimo *homo technocraticus* es consciente, orgulloso de su poder aunque lo vela con una máscara de desinterés por los políticos profesionales: sea porque estos no poseen los saberes y técnicas que aquellos dominan, sea porque perciben la importancia insustituible de su papel en las sociedades políticas contemporáneas. El riesgo de su actitud y operaciones estriba en contemplar las relaciones sociales exclusivamente desde la óptica tecnocrática. Ven sólo un sector, por supuesto capital, de la realidad sociopolítica. En alguna medida absolutizan su específico punto de vista. La persona humana, sus derechos, su intimidad, los valores en los que se fundan no les interesan. No los niegan pero muestran indiferencia tanto en las sociedades democráticas abiertas como en las totalitarias cerradas. Para el nuevo «ingeniero de almas», la persona, es súbdito del poder financiero, de la informática, de la publicidad sin control, de la planificación deshumanizada.

h) *El hombre reducido a la normatividad jurídica*. Es la posición adoptada por Hans Kelsen. Aunque el fundador de la Teoría Pura del Derecho fue conocedor de la antropología cultural, de acuerdo con su postulado de la pureza metódica, evapora en el plano jurídico cualquier fundamentación antropológica incluso cuando expone comparaciones de índole metafórica, por ejemplo, en su «Teoría general del Estado»¹⁶⁶.

¹⁶⁶Hans Kelsen: «Teoría general del Estado» (trad. L. Legaz Lacambra) Editorial Labor Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934, págs. 11, 13 y 17. En estas páginas critica del organismo cuando habla del *alma* del Estado. Más adelante, en las págs. 81 y ss., ataca al antropofornismo.

i) *¿Enmascaramiento de los tipos antropológicos?*. En cada uno de estos tipos antropológicos se advierte el enmascaramiento de la persona y de sus derechos. Cada uno de ellos se coloca su correspondiente máscara.

a') El *homo oeconomicus* lo hace para velar sus intereses individualistas.

b') El *homo politicus* para disimular su apetito por el poder, el cambio increíble de sus convicciones ideológicas y de sus posiciones en la lucha política.

c') El *homo technocraticus* para velar su protagonismo dentro o cerca del poder si es que no lo ejerce efectivamente.

d') El hombre reducido a la normatividad jurídica para demostrar la mentalidad y objetividad de su conocimiento. Aquí el método kelseniano en abstracto es el objeto de su conocimiento. No es menester destacar su desconocimiento de la realidad.

En definitiva, las observaciones que hago en este epígrafe final no deben considerarse exactas. Son más bien aproximaciones que corroboran los riesgos que acechan a la persona humana, a su dignidad y a sus valores, cuando se la considera de forma unilateral.

