

ENCUESTA SOBRE LA ORIENTACIÓN ACTUAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

PREGUNTAS

1. Los estudios sobre la Constitución española de 1978 se iniciaron a la luz de una disputa, célebre e intensa, en torno a la concepción del Derecho Constitucional propia de constitucionalistas y administrativas. ¿Hasta qué punto mantiene vigencia aquel debate?

2. En todo caso, subsisten diferencias en los modos de trabajar de los estudiosos que se ocupan de la Constitución. ¿Cómo podrían resumirse las orientaciones metodológicas fundamentales en el actual Derecho Político español?

3. El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema debe mucho, sin duda, a la labor del Tribunal Constitucional. ¿Cuál ha sido, y cuál debe ser, la relación entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional? ¿Qué posición corresponde a cada una?

4. Las conmemoraciones ofrecen una buena ocasión para enfrentarse a la propia circunstancia histórica desde la firme atalaya de los principios clásicos. Doscientos cincuenta años después de que, en 1748, se publicara *El espíritu de las leyes*, ¿es recuperable algún equilibrio entre los poderes públicos? ¿Puede el Derecho Constitucional ordenar los procesos de vaciado funcional y simbólico de las Cortes, reforzamiento ilimitado del Gobierno y saturación de la judicatura?

5. Y cincuenta años después de la Declaración Universal de Derechos, ¿cuál es la situación de los derechos fundamentales? ¿Qué peligros fundamentales amenazan su efectividad y cómo puede enfrentarlos la doctrina?

ENCUESTADOS

Manuel Aragón Reyes, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.*

Carlos de Cabo Martín, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.*

Jorge de Esteban Alonso, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.*

Ángel Garrorena Morales, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Murcia.*

Luis López Guerra, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III.*

Isidre Molas Batllori, *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona.*

Lejanos ya los tiempos en que para acceder a una Cátedra era preceptivo someter al juicio del Tribunal y a la «trinca» de los restantes aspirantes una, mejor o peor—pero siempre extremadamente voluminosa y erudita—, Memoria sobre «Concepto, Método y Fuentes» de la disciplina, parece haber pasado un tanto de moda el reflexionar sobre estas cuestiones ligadas al enfoque mismo del estudio de nuestra Ciencia.

Si lo propio de todo activista es estar tan ocupado que carece de tiempo de pensar en lo que está haciendo, no se nos antoja, sin embargo, que en nuestro pequeño mundo profesoral—en el que no parece caber acción alguna ayuna de pensamiento— esté de más hacer algún hueco a la reflexión sobre las viejas pero nunca enterrables cuestiones del concepto y método de la disciplina. Por ello, nos hemos permitido invitar a algunos prestigiosos maestros de nuestra asignatura académica a que nos contesten con franqueza cómo ven algunas (sólo algunas, pues inicialmente tuvimos la tentación de someterles a interrogatorio en exceso inhumano) de las cuestiones que probablemente a todos nos interesan. Los encuestados no son obviamente todos aquellos profesores cuya opinión deseábamos requerir, tan sólo una muestra—posiblemente representativa— de las orientaciones científicas que percibimos en nuestras Universidades. Y puestos a recortar, por obvios motivos de espacio, el número de los invitados a responder esta pequeña encuesta, empezamos, con lógico criterio, por prescindir de los miembros de nuestro Departamento, aunque en la breve «Razón de ser» con que el Director de la Revista abre este número deslice ideas personales relacionadas con algún punto de la encuesta.

Queremos dejar constancia clara de que ninguno de los invitados a responder al cuestionario ha conocido las respuestas de los restantes encuestados. No nos ha parecido factible que estas páginas tuvieran todos los elementos de una polémica sobre las materias sometidas a opinión. Sin embargo, la Revista se ofrece desde ahora gustosamente, a profesores «seniors» y a los dotados de envidiable juventud, para recoger cualquier opinión prudente u osada, complementaria o discrepante con las que nos honramos en publicar a continuación, que, sin duda, contienen aportaciones de innegable interés, que invitan al debate.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Los estudios sobre la Constitución española de 1978 se iniciaron a la luz de una disputa, célebre e intensa, en torno a la concepción del Derecho Constitucional propia de constitucionalistas y administrativas. ¿Hasta qué punto mantiene vigencia aquel debate?

MANUEL ARAGÓN

Creo que, tal como fue planteado, aquel debate tiene hoy muy escasa vigencia. La disputa de entonces alcanzaba algún sentido en cuanto que, por aquellos años, gran parte de la doctrina española del Derecho Político no cultivaba, exactamente, el Derecho Constitucional, sino un tipo de saber más próximo a la sociología política o la ciencia política, y en cuanto que, por contraste, eran, y habían sido, los administrativistas españoles los que se habían ocupado preferentemente de las categorías generales del Derecho público.

Es cierto que mal podía el Derecho Político hacer Derecho Constitucional cuando en los cuarenta años inmediatamente anteriores se había carecido en España de Constitución. El ordenamiento no pudo descansar en el principio de constitucionalidad sino sólo, y con mucha debilidad, en el principio de legalidad y, por ello, la inexistencia de un Estado de Derecho «constitucional» sólo pudo suplirse, siempre de manera incompleta, mediante la ideación de un Estado de Derecho «administrativo», construido, con meritorio esfuerzo (porque el autoritarismo tampoco lo propiciaba), por un destacado grupo de excelentes juristas agrupados alrededor de la Revista de Administración Pública.

Como es evidente, las circunstancias de hoy son radicalmente diferentes. Tenemos una Constitución que es verdadero Derecho fundamental y por ello aplicable por todos los jueces y tribunales, aparte de por el Tribunal Constitucional que, además de ostentar el monopolio de rechazo de la ley, tiene atribuida la función de supremo intérprete de la Constitución y de la constitucionalidad del resto del ordenamiento. Tenemos, pues, una experiencia de Estado democrático de Derecho que ya dura veinte años, con una amplísima jurisprudencia constitucional y con un desarrollo extraordinario, por su cantidad y calidad, de la doctrina española del Derecho Constitucional. La Ciencia Política, como asignatura, se separó, como creo debe ser, del Derecho Constitucional y ya está claro, por todo ello, que los constitucionalistas españoles son, o deben ser, juristas.

Ante este panorama, tan distinto del que existía cuando la aludida polémica tuvo lugar, parece que el problema más profundo o central que se suscitó en aquel debate (la situación debilitada del estudio del Derecho Constitucional en España) tiene hoy escasa actualidad.

Ello no quiere decir que, al margen de la concreta circunstancia española de entonces, no haya un problema más general en relación con la indicada polémica que sigue teniendo interés, aunque quizás con un planteamiento diferente al

que allí se le dio. Me refiero a las coincidencias y diferencias entre el Derecho Constitucional (no ya el Derecho Político, entendido a la vieja usanza) y el Derecho Administrativo. Las coincidencias son múltiples: ambos son Derecho, para empezar, aunque ello resulta obvio; ambos son Derecho público, por supuesto; ambos, en consecuencia, requieren de la técnica jurídica para su estudio y aplicación; y ambos poseen categorías comunes que es difícil separar (en fuentes del Derecho, en derechos subjetivos, en organización del poder). Las diferencias también son claras, no sólo en cuanto al objeto, sino también en cuanto al método, o más específicamente, en cuanto a las peculiaridades del método jurídico que en el Derecho Constitucional, necesariamente, existen.

La distinción anterior lo es entre saberes, o entre ciencias (si se admite ese término en los saberes jurídicos), no entre profesiones, necesariamente. Se puede ser constitucionalista y administrativista al mismo tiempo, como lo muestran algunos notables ejemplos españoles y muchos más extranjeros. Pero uno y otro saber han de cultivarse, creo, de manera distinta.

CARLOS DE CABO

La pregunta apunta a lo que desde ciertos sectores doctrinales se ha venido llamando la Administrativización del Derecho Constitucional. Y en esta cuestión creo que pueden distinguirse dos fases bien definidas:

La primera fase es la que tiene lugar a raíz de la aprobación de la Constitución Española de 1978 y de los desarrollos subsiguientes para la construcción del Estado constitucional. Esta fase se caracteriza por la importancia que adquieren en esa configuración del Estado de Derecho quienes también la habían tenido y en régimen de monopolio en la configuración del Estado franquista como «Estado de administración» en la conocida tipología de Schmitt. Es decir, que aunque este hecho puede y debe combinarse con las características no rupturistas de la transición, la inicial «Administrativización» se produce y protagoniza por personalidades y grupos procedentes del Derecho administrativo que tratan de ocupar el nuevo espacio jurídico-político de tan claras y nuevas posibilidades socioeconómicas. Por tanto, aunque no exclusivamente, esta primera fase contiene un importante elemento *subjetivo*: el de las personalidades y los grupos articulados en torno a ellas que la protagonizan.

La segunda fase requiere una explicación más compleja, de la que sólo esquemáticamente se puede dar aquí cuenta, en cuanto responde a unas determinadas realidades y se acentúan los factores *objetivos*.

Como se sabe, la separación Estado-sociedad responde a la separación entre lo ideológico-político y lo económico propio del capitalismo liberal y de su forma de obtener el excedente. A partir de esta separación surge la teorización correspondiente: mientras la sociedad se concibe como «sistema de las necesidades», el ámbito de lo práctico-concreto, el Estado aparece como el ámbito de «lo universal», el realizador de «la idea moral» en cuanto en él se realizan la libertad y la igualdad que no se dan en la sociedad civil de manera que se da una correspon-

dencia necesaria entre la libertad e igualdad en el Estado y su ausencia en la sociedad civil. El constitucionalismo que surge en esa circunstancia trata de realizar a través de su garantía, expresión y articulación, la «idea moral del Estado» evitando que penetre en él lo práctico-concreto. Este horizonte es el que configura la categorización formal y el contenido (estimativo) del Derecho constitucional del Estado liberal.

El posterior desarrollo del capitalismo monopolístico rompe aquella separación Estado-sociedad dando lugar a los supuestos del Estado social en el que el reino de lo práctico-concreto amenaza con penetrar en el de «la idea moral»; y el constitucionalismo del Estado social registra este hecho al incluir por primera vez la contradicción, es decir, el Trabajo. La resolución de la contradicción se opera a través de la Crisis del Estado social y se manifiesta entre otras cosas en la quiebra formal y estimativa de los supuestos sobre los que se construía el Derecho constitucional. El resultado es la neutralización técnica del Derecho constitucional, su consideración puramente instrumental, que se traduce en su reducción a procedimiento como respuesta sistémico-funcional al conflicto frente al Derecho interventor del Estado social. Es la propuesta del Derecho reflexivo, como se sabe el intento más serio de dar cuenta de esa situación.

En el caso español la situación se agrava básicamente porque el proceso se acorta y, en consecuencia, el cambio es menor al partir no sólo de la realidad de un Estado social menos desarrollado que el europeo sino de un constitucionalismo como el que representa la Constitución Española de 1978, que ya no es propiamente el del Estado social sino el de su crisis, del inexistente peso histórico de un Estado democrático y de Derecho y de las exigencias técnicas de construirlo. De ahí que las tendencias que triunfan en Europa se exageren en España con el viento neoliberal.

Ahora ya, pues, no se trata de la imposición de personalidades o grupos, sino que la «Administrativización» de la temática constitucional es un dato objetivo. Por eso no hay debate. En la medida en que se ha impuesto lo ha hecho prácticamente imposible. Hay que añadir, aunque sea una obviedad, que esta «Administrativización» se realiza ahora por autores pertenecientes a las más diversas áreas del Derecho público.

JORGE DE ESTEBAN

En 1943, el profesor Sánchez Agesta, al poco de obtener la cátedra de Derecho Político de la Universidad de Granada, invitó a pronunciar unas conferencias en la misma a Carl Schmitt, del cual se había ocupado anteriormente en uno de sus primeros trabajos científicos¹. Creo que fue en el mismo aeropuerto de Granada, recibiendo el entonces joven profesor español al ya maduro profesor ale-

1. Ver, SÁNCHEZ AGESTA, L., «Las posiciones del pensamiento político y jurídico de Carl Schmitt», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 172, 1942, pp. 457-471.

mán, cuando éste pronunció una frase que se me quedó grabada desde el mismo momento en que conocí la anécdota. «Querido colega –le dijo Carl Schmitt a Sánchez Agesta, sonriendo– ¡qué curiosa nuestra situación! Ambos somos constitucionalistas, en países que no tienen Constitución...»

Pues bien, dejando al margen el notorio cinismo del jurista germano respecto del momento histórico de su país y del que no era totalmente ajeno, creo que la anécdota nos puede servir perfectamente para comprender el *background* que condiciona el debate o la disputa a que se refiere la pregunta a la que trato de contestar². En efecto, la inexistencia en España de una Constitución, en sentido formal, durante casi cuarenta años, dejó sin objeto propio a los especialistas del llamado Derecho Político. De este modo, por razones obvias y al igual que ocurre en la naturaleza con su horror al vacío, se produjo un fenómeno curioso, consistente en la búsqueda de un objeto de estudio, en el que se fueron convirtiendo paradójicamente en asignatura principal, según la decisión y el gusto de cada especialista, las respectivas disciplinas auxiliares o complementarias del Derecho Constitucional, esto es, la Ciencia o Sociología políticas, la Historia del constitucionalismo, la Historia del Pensamiento Político y, en su caso, el Derecho Constitucional Comparado o también las denominadas como Gobierno o Regímenes Políticos. Por supuesto, unos por razones de gusto o inclinación y otros por razones estrictamente políticas, renunciaron a estudiar y explicar un sistema de normas pseudoconstitucionales que trataban de encuadrar engañosamente un régimen político personal de origen totalitario³. Lo político, o lo ético, se imponía, pues, a lo jurídico.

Como era natural, tal peculiaridad comportó la ausencia en España de constitucionalistas, en sentido literal, que estuviesen familiarizados con el método jurídico propio de todas las disciplinas del Derecho. Pues si no se ejercía de constitucionalista, lo lógico es que no hubiese tampoco en España análisis jurídicos sobre el Régimen de Franco. Es sorprendente, en parte, que un prestigioso constitucionalista de hoy escribiese en 1973 las siguientes palabras: «Hasta el presente, en efecto, el estudio de nuestras instituciones ha sido eludido, salvo muy contadas y valiosas excepciones, por la mayor parte de nuestros constitucionalistas, bien sea por la inexistencia de una parte orgánica en nuestra Cons-

2. La famosa polémica a la que hace mención la pregunta se encuentra en dos trabajos de P. LUCAS VERDÚ («El Derecho Constitucional como Derecho administrativo», *Revista de Derecho Político*, n.º 13, 1982 y «Socialismo y Derecho Constitucional», *Sistema*, n.º 17-18, abril de 1977) y en otros dos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Prólogo a su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, y «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político*, n.º 15, 1982). Recientemente ha aparecido también un artículo de A. AGUILERA FERNÁNDEZ, «Derecho Constitucional y derecha divina», en la revista *Leviatán*, invierno de 1997, n.º 70, en la que el autor, de nacionalidad extranjera, toma partido en la polémica, a favor de las tesis de Lucas Verdú.

3. Ver, a este respecto, J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *La crisis del Estado franquista*, Labor, Barcelona, 1977. Por lo demás, creo que nunca se nunca se agradecerá a los profesores de Derecho Político, durante esa nefasta época, que no explicasen, como ocurrió en la Italia fascista, un entramado pseudoconstitucional que no hubiese hecho más que legitimarlo doctrinalmente. Por el contrario, la casi mayoría de ellos nos dedicamos a explicar el Derecho Constitucional Comparado o la Ciencia Política, suministrando así a nuestros alumnos valiosos elementos de la ideología democrática que, a la larga, contribuían a desenmascarar el andamiaje dictatorial del régimen español del momento.

titución (subrayado de JdE), bien porque, como parece más probable, entendiesen que no existían las condiciones suficientes para abordar tal estudio con el rigor crítico que la labor científica impone. Tras la promulgación de la *Ley Orgánica del Estado* y sus disposiciones complementarias, el régimen español *cuenta ya, sin embargo con una estructura normativa suficientemente extensa que consolida una situación mantenida durante casi cuatro decenios...* Parece poco dudoso que, dados los acontecimientos dentro de los que tal tarea ha de llevarse a cabo, el análisis jurídico de nuestra Constitución ofrece la vía más accesible y probablemente más eficaz...⁴.

Argumentación un tanto discutible si tenemos en cuenta que la Disposición Transitoria Primera II de la LOE mantenía los plenos poderes del Estado en la persona del general Franco de manera vitalicia⁵. Por consiguiente, la existencia de unas denominadas Leyes Fundamentales que no eran una verdadera Constitución en su sentido demoliberal, no sólo contradecía la indiscutible naturaleza axiológica de este concepto, sino que además su estudio y explicación podía constituir una coartada a favor del régimen franquista, aplicándole la legitimidad propia de los análisis jurídicos. El propio García de Enterría así lo reconoce cuando escribe: «Es claro que el régimen político instaurado a raíz de la guerra civil no permitía fácilmente una explicación técnico-jurídica, al concretarse en una *Grundnorm* elemental la asunción de “todos los poderes del Estado” por una sola persona, norma fundamental que permaneció incólume hasta el final, aunque se complicase progresivamente con otros mecanismos»⁶. Ahora bien, estos «mecanismos» a los que se refiere son los que ofreció el Derecho Administrativo y sus cultivadores, tanto en diferentes cátedras como en el Consejo de Estado, suministrando así una apariencia de legitimidad jurídica en el segundo nivel del Derecho Público, en contraposición con el silencio casi general de los cultivadores del primer nivel que eran los constitucionalistas. El espejismo de este intento de legitimación del régimen por la vía administrativa, que probablemente contribuyó a su permanencia, llegó hasta el punto de que uno de esos ilustres juristas creadores de «mecanismos», haya escrito estas sorprendentes palabras; «...porque el Estado franquista, al menos el que yo conocí en la década de los sesenta, era un verdadero Estado de Derecho. Es decir, un Estado en el cual, pese a su precaria legitimidad, los poderes públicos actuaban según normas preestablecidas y donde jueces y funcionarios nos tomábamos muy en serio ese genio expansivo del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres»⁷.

No es extraño, en consecuencia, que el propio García de Enterría, arrimando el ascua a esa sardina, escriba que «estos mecanismos, convencionales, instrumentalizados, frágiles cuanto se quiera, demostraron, sin embargo, de manera espectacular su posibilidad de ser objetivados al ser ellos precisamente los que

4. F. RUBIO LLORENTE, Prólogo al libro de E. Stein, *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. XXIII.

5. Ver, a este respecto, J. DE ESTEBAN y P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional español*, tomo I, Madrid, 1992, p. 57.

6. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo en *op. cit.*, p. 22.

7. M. HERRERO DE MINÓN, *Memorias de estío*, Temas de hoy, Madrid, 1993, p. 22.

permitieron organizar la operación de cambio político como operación amparada en determinadas técnicas jurídicas...»⁸.

Semejante tesis no sólo sería refutable por la quimera que encierra, sino sobre todo por la injusticia que comporta⁹. En efecto, la peculiar transición a la democracia en España, aparte de condicionamientos políticos indiscutibles que no pueden ser analizados aquí, se pudo llevar a cabo probablemente gracias a un debate constitucional que la doctrina venía manteniendo en España desde 1972 y que tanto García de Enterría, como incluso el propio Lucas Verdú, ignoran olímpicamente en su célebre polémica¹⁰. Dejando al margen las posiciones individuales de los diferentes autores, casi todos ellos constitucionalistas, voy a exponer las líneas generales que yo mantuve, junto con mis colaboradores de entonces, en el libro *Desarrollo político y Constitución española*, el cual surgió en primer lugar como un dictamen jurídico que se me encargó¹¹. Se trataba, como digo, de un dictamen estrictamente jurídico sobre las Leyes Fundamentales y que si acepté realizar se debió a mi absoluto convencimiento de que era posible aprovechar las virtualidades que contenían dichas Leyes, para forzar una contradicción en ellas que llevara a un proceso constituyente. En definitiva, intentaba poner en práctica, *avant la lettre*, mi teoría de la función transformadora de la Constitución que expondría años después, desde una perspectiva general¹². La importancia que pudo tener este libro en la gestación y en la forma de la transición del régimen franquista a un régimen constitucional, no me corresponde explicitarla a mí, como es lógico¹³.

8. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo, *op. cit.*, p. 22.

9. Con todo, es indudable que los administrativistas han ejercido un papel de motor en la creación de la dogmática o método jurídico en nuestro nuevo Derecho Público. Aunque preocupados probablemente por el buen funcionamiento del Estado, su doctrina, a veces alambicada, también les ha servido, a no dudar, para garantizarles asimismo el buen funcionamiento de sus bufetes... En cualquier caso, creo que puede ser enormemente fructuosa la colaboración entre ellos y los constitucionalistas. Pero si malo es que éstos se olviden de lo que hacen aquéllos, peor es que los primeros ignoren, en materias constitucionales, lo que es propio de los segundos. Un ejemplo muy ilustrativo de esta aberrante tendencia es lo que cuento en mi libro *El estado de la Constitución*, Ediciones Libertarias/Prod-hufi, Madrid, 1992, pp. 331-333.

10. En efecto, el debate surgió sobre todo en torno a autores cercanos a la revista *Cuadernos para el diálogo* y cuyos exponentes principales fueron L. GARCÍA SAN MIGUEL, «Estructura y cambio del régimen político español», *Sistema*, n.º 1, enero de 1973 y «Cambio político y oposición en la España actual», *Sistema*, n.º 4, enero de 1974; M. HERRERO DE MIÑÓN, *El Principio monárquico*, Edicusa, Madrid, 1972; J. DE ESTEBAN en colaboración con L. LÓPEZ GUERRA, S. VARELA, J. L. GARCÍA RUIZ y F. J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Desarrollo político y Constitución española*, Ariel, Barcelona, 1973; C. OLLERO, «Desarrollo político y Constitución española», *Boletín informativo de Ciencia Política*, n.º 13-14, 1974; R. ARIAS-SALGADO, «Polémica sobre la interpretación de las Leyes Fundamentales», *Sistema*, n.º 5, abril 1974, etc.

11. Este libro, que originó más de cien comentarios críticos tanto en España como en el extranjero, tuvo una gestación que se explica en el reciente libro de J. A. PÉREZ MATEOS, *Un rey bajo el sol*, Plaza Janés, 1998, pp. 492-494.

12. Ver J. DE ESTEBAN, Prólogo de *Constituciones española y extranjeras*, tomo I, Taurus, Madrid, 1977, pp. 36 y ss.; y «La función transformadora en las Constituciones occidentales», en el libro colectivo *Constitución y economía*, Edersa, Madrid, 1977, pp. 149-161. Por lo demás, mi teoría de la función transformadora de las Constituciones la recoge P. LUCAS VERDÚ, en su artículo citado «El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo», *op. cit.*, pp. 17 y 18.

13. En cualquier caso, se puede consultar el importante libro de A. y P. FERNÁNDEZ-MIRANDA, *Lo que el Rey me ha pedido*, Plaza Janés, Barcelona, 1995, *passim*, para valorarlo en parte.

Pero lo que sí quiero aclarar ahora es que se trataba de un trabajo rigurosamente jurídico sobre las Leyes Fundamentales del franquismo y que si lo llevé a cabo, desde esa perspectiva, fue porque el método jurídico aplicado a esa pseudo-Constitución estaba plenamente justificado, incluso con el *handicap* de la censura de la época, por la intención de contribuir a su radical transformación¹⁴.

Con ello quiero resaltar, que entonces pensaba que la utilización del método jurídico sólo se puede utilizar éticamente cuando se aplica a normas legítimas que emanen de la soberanía popular. Por supuesto, se podría defender su utilización, durante circunstancias tan anómalas como las del régimen franquista, en lo que se refiere a otras ramas del Derecho, especialmente del Derecho Privado, pero servirse del método jurídico para analizar una situación dictatorial, en el fondo era un problema axiológico que cada uno debía resolver de acuerdo con su ideología.

En definitiva, estas someras líneas no tienen otra intención que responder a la pregunta que se me ha formulado, en razón de la polémica citada. Lo cual me permite afirmar que la dicotomía entre constitucionalistas y administrativistas, en un régimen constitucional como el actual, ya no tiene razón de ser, siendo el objetivo prioritario de unos y otros reforzar la unidad del Derecho Público, sin perjuicio de la especialización de cada uno.

ÁNGEL GARRORENA

Saber hasta qué punto mantiene alguna vigencia aquella célebre polémica abierta hacia 1982 en las páginas de la *Revista de Derecho Político* por dos conocidos profesores, uno de Derecho Político –entonces esa era la denominación de nuestra disciplina– y de Derecho Administrativo el otro, requiere, a mi juicio, que nos paremos a hacer algunas precisiones. Sobre todo que distingamos lo que en aquel debate hubo de anécdota, de epidérmica disculpa, y lo que realmente constituía el problema de fondo de la mencionada disputa.

Por lo que hace al primero de esos dos aspectos, a aquél que describo como mera circunstancia de dicha polémica, la cuestión aparecía aparatosamente planteada en términos de defensa casi «territorial» del Derecho Constitucional frente al posible «intrusismo» que pudiera suponer su creciente cultivo por especialistas de otras ramas del Derecho, sobre todo por profesores de Derecho Administrativo. En el calor del discurso, se enlazaron además a esta cuestión otros temas que sólo de flanco cabía conectar a la misma, con lo cual el debate no ganó precisamente en claridad. De hecho, hablar de deserción masiva o no masiva de los entonces

14. Sin embargo, la aparición de este libro, que produjo un evidente impacto en el mundo jurídico-político de la época, gozó de un casi total silencio de los administrativistas, sólo roto por la amplia recensión que hizo V. R. VÁZQUEZ DE PRADA, en la *Revista de Administración Pública*, enero-abril de 1974, pp. 476-481. En ella se decía, por ejemplo: «Por vez primera creemos que se ha llevado a cabo el más profundo intento de interpretación coherente de unos textos que a pesar de su constitucionalidad tan poca atención han merecido, no ya del estudioso español, sino del extranjero, con una metodología exclusivamente jurídica –con escaso uso de la política– y en la que tanto se hace operar una perspectiva totalmente innovadora».

profesores de Derecho Político respecto del efectivo saber jurídico-constitucional, hacer del «*duvergerismo*» y del «*schmittianismo*» armas arrojadas –a veces con recorrido *boomerang*– hábiles para la desautorización sin concesiones del contrario y, desde luego, cruzar extemporáneas acusaciones de marxismo o antimarxismo, sólo ayudó a que la contienda se desviara de su objeto, incluso si hablamos de aquel motivo suyo del que decimos que era todavía tan sólo su disculpa.

Apartada, en fin, toda aquella hojarasca, de lo que ambas partes parecían estar hablando en dicha oportunidad era, como dije, de si cada rama del Derecho tiene sus propias reglas y, en consecuencia, debe considerarse monopolio de sus especialistas o si, por el contrario, existe una unidad sustancial y básica del Derecho Público que permite la fértil comunicación de disciplina a disciplina sin que nadie pueda poner barreras al trabajo de otros. Y así identificado el motivo primero del debate, creo poder decir sin temor a equivocarme en exceso que de esta faceta más bien aparental de dicha polémica apenas queda nada. Dieciséis años dan para mucho y hoy nadie podría decir con verdad que los profesores pertenecientes al área de Derecho Constitucional no cubrimos con un saber inequívocamente jurídico el espacio que nos corresponde, ni tampoco ninguno de nosotros se tomaría la molestia de hablar de la «invasión administrativista (o procesalista o civilista) del Derecho Constitucional español» por el mero hecho de que un colega ubicado en tales especialidades se ocupase de un tema constitucional, y menos aún se entenderían en nuestros días las mutuas imputaciones de *duvergerismo* o *antimarxismo* entonces esgrimidas; entre otras cosas porque el tiempo, que lo desgasta todo y con mayor celeridad de lo que parece, convierte a veces en ridículas las referencias que un día nos parecieron sólidas y aun contundentes. Está claro que el Derecho en general, y el Derecho público en particular, poseen una unidad similar a la de un tejido (no en vano, el Derecho tiene trama, la suya propia y, en su soporte, la de las relaciones sociales que regula) y, en consecuencia, nadie puede pretender aislar un hilo para declararlo suyo sin incurrir paralelamente en la torpeza de dejar de trabajar sobre la tela en que consiste el Derecho. En el criterio común, no hay hoy, pues, compartimentos estancos ni reservas absurdas sino tan sólo división del trabajo a partir de una sensata acotación del objeto, acotación que no es ni una convención caprichosa ni tampoco un valladar insalvable. De ahí que determinados celos entre especialistas de distintas áreas, como los entonces aflorados, no tengan en este momento el más mínimo sentido.

Por cierto, que –permítaseme la digresión– una vez que hemos llegado a este punto y todos convenimos en que ésta es ya una cuestión pacífica (con lo cual no existe el riesgo de que nadie piense que, al decir lo que digo, vuelvo a concitar el fantasma del «intrusismo» o considero que sobra ningún jurista allá donde el mismo esté para hacer buen Derecho), me parece que tiene sentido que recuperemos algunas preguntas. Por ejemplo, ¿sería posible que, puesto que los constitucionalistas ocupamos ahora –creo yo que con decoro– el espacio que nos ha sido asignado, nuestros compañeros de otras disciplinas confiaran de una vez en nosotros y dejaran de creer (al menos cuando ejercen su docencia o cuando componen sus manuales; no digo yo cuando investigan, momento en el que deben sentirse de

todo punto libres) que el mundo se hunde si ellos se abstienen de explicar a sus alumnos, con extensión de tema propio, cuestiones (Constitución, fuentes, justicia constitucional, Estado compuesto...) que nosotros previamente les hemos debido esclarecer, y se supone que bien? Creo que no sólo sería posible, sino además muy conveniente; no para nosotros los constitucionalistas (puesto que ya hemos convenido que nada es de nadie) sino para nuestros comunes y desorientados alumnos. Y una segunda pregunta, también en la misma línea de la anterior, ¿sería factible además que nadie nos mirara como «invasores» cuando, a la inversa, seamos nosotros los que ponemos nuestro atrevido pie en el campo de otra disciplina?

Pero, dejando, en fin, estas cuestiones para otra ocasión y volviendo sobre el tema que ahora nos ocupa, decía al principio que detrás de esta aparatosa fachada de la que afirmo que tan poco queda había una segunda cuestión de muchísimo mayor calado que era el verdadero contenido de dicho debate. Es claro que lo que suscitaba tan ardua polémica no era —o no era sólo— el deseo de saber quién debe hacer Derecho Constitucional, si los constitucionalistas provenientes del viejo Derecho Político o los profesores de Derecho Público en general y los administrativistas en particular, sino la conveniencia de dilucidar cómo debe hacerse ese Derecho, lo cual es a todas luces un problema muy distinto.

Simplificando mucho las cosas —y creo que entonces se simplificaron— la alternativa se planteó allí entre una forma de cultivar el Derecho Constitucional que apostaba por un recurso escrupuloso al método jurídico, lo que le valió ser motejada sin más de «positivista», y otra forma de elaborar dicha disciplina que pugnaba por incluir en el análisis elementos provenientes de la sociología y de la politología, lo que le supuso quedar a su vez desautorizada como extraña a los modos de trabajar el Derecho y, por lo tanto, como «no jurídica». Pues bien, de este segundo y crucial frente de aquella vieja disputa también se han evaporado, a mi juicio, bastantes contenidos. En concreto, creo que ha desaparecido la rigidez entonces advertible en los críticos de la primera postura; no me parece que ahora nadie incurriera en la simplicidad de hablar de positivismo para desautorizar sin más al contrario, cuando todos sabemos que la cuestión es mucho más compleja. Y también estimo que ha quedado atrás la innegable parte de razón que en aquel momento asistía a los censores de la segunda posición. Era cierto entonces, pero hoy ya no lo es, que la formación de la mayor parte de los profesores incluidos en el escalafón de Derecho Político (adquirida durante el franquismo y, en parte, interiorizada como una forma de oposición a éste) tenía que ver infinitamente más con las formas de hacer de la Ciencia Política que con los métodos propios del conocimiento jurídico; y ello fue así, creo, tanto para bien (ya que dejó en bastantes constitucionalistas españoles una aspiración a conectar la norma constitucional con los datos propios del proceso real de poder que no es ni mucho menos tan desestimable como la quieren mostrar sus contradictores) como para mal (puesto que nos vedó una continuidad en el uso del método jurídico que hubiera sido preciosa para nuestro trabajo una vez promulgada la Constitución de 1978; e incluso, antes, tal vez nos hubiera servido como eficazísimo modo de resistencia frente al régimen autoritario, si hubiéramos sabido utilizarla de la misma manera que lo hicieron algunos profesores italianos, continuadores de Orlando, en la

Italia de Mussolini). Pero tanto da, en este momento, el saber cómo y por qué ocurrieron las cosas. Lo que intento decir en este instante es que hoy ese panorama ha quedado tan atrás que ni siquiera lo recordamos. En el plano administrativo, un Real Decreto, el 1888/1984, vino a certificar la escisión de constitucionalistas y politólogos en dos áreas de conocimiento distintas; y en el plano de la formación de nuestros actuales profesores de Derecho Constitucional (los jóvenes como los no tan jóvenes) ya no es verdad para ninguno de ellos, se ubique donde se ubique, que su preparación sea extraña al Derecho.

¿Ha desaparecido, por tanto, esa segunda cuestión más crucial –más de fondo– que dijimos que estaba implicada en la polémica de 1982? Pues desde luego, y esta vez tan sólo para bien, ha desaparecido en su viejo formato. Ha perdido vigencia en cuanto absurda contraposición entre «juristas puros» y «juristas contaminados de no-Derecho» y ha decaído también en su virulencia de entonces, nada conveniente. Pero permanece, creo yo, en su motivo esencial, esto es, como polémica sobre los diferentes modos de concebir y practicar nuestra disciplina.

Sin embargo, como ese es el objeto de la pregunta inmediata, y como también ha habido mutaciones importantes en dichas formas de hacer Derecho Constitucional desde entonces acá, me parece que lo más oportuno será que nos ocupemos de ellas al responder la cuestión que sigue.

LUIS LÓPEZ GUERRA

«La lechuza de Minerva levanta su vuelo en el crepúsculo». También esta conocida afirmación es aplicable en lo que se refiere al debate mantenido en el año 1982, sobre el concepto académico del Derecho Constitucional. Cuando se produce la más conocida polémica sobre la cuestión, lo que era y debería ser la disciplina del Derecho Constitucional ya era cosa juzgada desde hacía algún tiempo. Por ello, me parece que el planteamiento de la pregunta (que empieza afirmando que «los estudios sobre la Constitución española de 1978 se iniciaron a la luz de una disputa, célebre e intensa, en torno a la concepción del Derecho Constitucional») no es enteramente correcto. La disputa, (que todos entendemos fue la entablada entre los profesores Lucas Verdú y García de Enterría), tenía un valor ya meramente testimonial cuando se produjo: y los estudios sobre la Constitución española ya se habían iniciado, y aún desarrollado, antes de la polémica. Me remito a los trabajos de Alzaga, al dirigido por García de Enterría y Predieri y al coordinado por el profesor De Esteban y el autor de estas líneas, por citar alguno.

En mi opinión, en 1982, ya estaba en general claro que era inviable mantener, bajo el tradicional epígrafe de Derecho Político, una disciplina pluri- y quizás omni-comprendiva, en la que cabían consideraciones jurídicas, históricas, filosóficas, lingüísticas y hasta matemáticas (el que ahora escribe publicó, por ejemplo, en su época de ayudante, un artículo sobre modelos estadísticos aplicables a la investigación electoral, estimando que ello encajaba «normalmente» en lo que se esperaba de

un aspirante a docente de la mentada disciplina, y nadie le desengañó al respecto). Desde luego, todo el mundo, hasta los profesores de Derecho Constitucional, puede escribir sobre lo que considere conveniente, y no faltan ejemplos de contribuciones de estos docentes a muchas y variadas ramas del conocimiento, así como a las bellas letras. Pero no es menos cierto que, en un plan de estudios de una Facultad de Derecho, una mínima certeza es necesaria respecto a qué debe entenderse por el contenido «normal» de una disciplina; y, por ello, un mínimo común denominador debe exigirse a quienes pretendan cultivarla. Ese mínimo común estaba ya más que fijado, desde luego, en la conciencia colectiva de los profesores de Derecho Constitucional en 1982: el cambio de denominación, producido poco después, de la disciplina no fue más que una consecuencia de ello.

Hablar, como era frecuente en los años de la transición, y como se refleja en la citada disputa, de una «concepción jurídica» de la disciplina «Derecho Constitucional» resulta hoy difícilmente comprensible (por redundante) aunque no lo era a finales de los setenta, debido a la tradición académica anterior. En realidad, el adjetivo «jurídico» aplicado (y más aplicado indirectamente) al sustantivo «Derecho» poco añade al conocimiento de lo que se está hablando. Hoy resulta cada vez más difícil entender qué se quiere decir con la expresión «método jurídico» cuando se hace referencia al estudio del Derecho Constitucional. Al menos dos preguntas surgen inmediatamente ante el uso de la expresión: ¿qué otro método cabría para este estudio? Y ¿en qué consiste exactamente el llamado «método jurídico»?

Claro está que «método jurídico» no significa ni puede significar ceñirse a la mera exégesis de la norma (como algunos parecen entender) ni perderse en categorías neokantianas al margen de (y a veces en contra de) la realidad. En todo caso, lo que es evidente es que, para el tratamiento y estudio del fenómeno del Derecho, la ciencia jurídica, a lo largo de un dilatado proceso, ha ido elaborando conceptos y categorías, que sirven —siempre con los naturales límites, derivados de la movilidad e innovación que caracterizan la realidad de todo ordenamiento— para conocer, exponer, y aplicar el conjunto de normas y principios que forman la regulación de una sociedad en un momento dado. Sería ingenuo —e inútil— tratar de seccionar el fenómeno del Derecho en compartimentos estancos, correspondientes a cada disciplina académica, pretendiendo que esos conceptos y categorías difirieran en su significado, según el contexto en que se utilizasen; como si el concepto «contrato» (u otro cualquiera) significara algo distinto según se emplease en el marco civil, laboral, mercantil o administrativo.

Ciertamente, cada área del Derecho tiene sus peculiaridades, que resultan de la necesidad de que determinados conjuntos de normas, relativos a distintas materias, deban responder a las necesidades y exigencias del momento, introduciendo especificidades propias a la hora de emplear instrumentos o herramientas comunes al mundo del Derecho: y consecuentemente, el estudioso de esa área debería tener en cuenta esas especificidades. Pero ello dentro de un marco conceptual, derivado de la cultura y la historia, forzosamente común y compartido, donde no caben divisiones tajantes e inapelables. Sobre todo, dentro de las gran-

des áreas en que usualmente se clasifican las disciplinas jurídicas, Derecho Público y Derecho Privado. Reivindicar una especificidad radical del Derecho Constitucional dentro del Derecho Público (y ni siquiera dentro del Derecho) ni responde a las necesidades de la vida jurídica, ni refleja una práctica académica general.

Creo, por tanto, que la polémica sobre el enfoque «constitucional» o «administrativo» del Derecho Constitucional se resuelve en una logomaquia que puede –aún– resultar útil como recordatorio de lo que fue, propiamente, la disciplina del «Derecho Político»; más allá de ello, su relevancia aparece, y apareció, como notablemente dudosa.

ISIDRE MOLAS

El debate de 1978 constituye una referencia indispensable para interpretar la evolución de nuestra disciplina. En el tiempo coincidió con la adopción de la democracia en España bajo una Constitución normativa y se situó con anterioridad a la explosión del número de profesores de Derecho Constitucional. Quizá por ello este debate ha quedado situado ya en la historia. Nadie discute hoy el carácter jurídico del Derecho Constitucional, ni su autonomía doctrinal, ni su contenido político.

Los elementos implícitos del debate han perdido hoy vigencia. Todos los Estados están constituidos, pero no todos ellos poseen una Constitución en un sentido racional y normativo. Y en todo caso posiblemente resultará pacífico afirmar que no todos ellos responden a las exigencias del constitucionalismo y, por tanto, no todos generan un Derecho Constitucional. Este es al menos mi criterio. Por estó los esfuerzos de unos pocos para tratar como constitucional el régimen anterior o para elaborar un Derecho público del Estado, aunque fuera con el fin de someterlo a algún tipo de control, no podían tener como consecuencia la consolidación de un Derecho Constitucional de legitimación inmanente. No es el Derecho quien se autolegitima, sino la Constitución la que legitima el Derecho.

Por otra parte, afirmar que el Derecho Constitucional es un espacio del Derecho me parece que no necesita defensa. Y sostener que posee un sentido político, ligado a la teoría política, a la organización del sistema político y el Estado, creo que es irrefutable. Constituye el marco de la convivencia en libertad entre personas, dotada cada una de las cuales de sus intereses, valores y creencias, que tiene como finalidad la organización de la convivencia pacífica en libertad en su proyección hacia el futuro. Que el Derecho Constitucional es algo distinto a la Historia, la Ciencia Política, la Sociología, la Filosofía política o el Derecho Administrativo no es discutible, pero que su autonomía no puede implicar ensimismamiento normativo, ni puede desembocar en la exégesis o en la elaboración de una dogmática de conceptos me parece también evidente. Más bien lo contrario. Al fin y al cabo lo político aparece organizado por el Derecho y éste responde a una finalidad global: la vida común en libertad, basada en el sometimiento del poder a la voluntad de los ciudadanos.

ORIENTACIONES METODOLÓGICAS EN EL DERECHO POLÍTICO

En todo caso, subsisten diferencias en los modos de trabajar de los estudiosos que se ocupan de la Constitución. ¿Cómo podrían resumirse las orientaciones metodológicas fundamentales en el actual Derecho Político español?

MANUEL ARAGÓN

Me parece que, aun con el riesgo de simplificar en exceso, cabría destacar tres orientaciones metodológicas entre los actuales estudiosos españoles del Derecho Constitucional.

De un lado cabría situar a los que entienden que el Derecho Constitucional es, esencialmente, Derecho Político y, en consecuencia, que las consideraciones políticas deben prevalecer sobre las categorías jurídicas al examinar los problemas que el Derecho Constitucional plantea. En pocas palabras, aquí podría agruparse a aquellos que sostienen la primacía de lo político sobre lo jurídico en el entendimiento y aplicación de la Constitución. Me parece que en el Derecho Constitucional español aún queda un cierto número de representantes notables de esta posición.

De otro lado tendríamos a los que entienden que el Derecho Constitucional, como saber, sólo se distingue de otros saberes jurídicos por razón de la materia, no del método y, en consecuencia, la Constitución no sólo es únicamente Derecho, sino también un Derecho como los demás, es decir, distinguible del resto de las normas únicamente por diferenciación del objeto (en este caso diferencias de contenido, pero también de forma), pero no del modo en que ha de ser interpretada. De manera más resumida podría decirse que aquí se agrupan los seguidores de un estricto «normativismo», que tiene muy brillantes, aunque escasos, cultivadores entre los constitucionalistas españoles.

Por último cabe detectar un grupo de constitucionalistas que, partiendo de que la Constitución es Derecho, y sólo Derecho, sostienen, no obstante, que se trata de un Derecho muy peculiar, no sólo por razón de la materia y de la forma, sino también de la cualidad. Por ello la interpretación constitucional ha de ser bien distinta de la interpretación legal. La realidad política y social y la misma historia no son elementos que integren la Constitución y el Derecho Constitucional y por ello no pueden convertirse en razones capaces por sí solas de dotar de sentido a las normas constitucionales determinando su aplicación, pero sí son elementos imprescindibles para comprender la Constitución y orientar y contrastar los criterios jurídico-interpretativos que operan en cada acto de explicación o de aplicación de las normas constitucionales. No me importa confesar mi pertenencia a este tercer grupo, en que se integran, creo, un buen número de constitucionalistas españoles.

CARLOS DE CABO

El carácter determinante de la situación anteriormente descrita abre escasas posibilidades a lo que propia y rigurosamente puede considerarse como pluralis-

mo metodológico. Un factor más en esta misma dirección lo representa la proyección del sacralizado consenso político constituyente en un no menos cristalizado consenso teórico configurado de manera que se sigue considerando la coincidencia en el discurso constitucional como un valor en sí, que oprime, desplaza y hasta deslegitima a un posible discurso alternativo; si a ello se une que las exigencias y posibilidades que plantea la construcción y desarrollo del Estado constitucional genera un mercado que demanda básicamente soluciones técnicojurídicas útiles, instrumentales e inmediatas, se puede explicar el cuantitativamente aplastante predominio de un vago formalismo y de un neopositivismo empobrecido, salvo notables excepciones, en el que apenas se registran diferencias puntuales meramente interpretativas o las que derivan de la diferente calidad de las aportaciones respectivas.

A partir de un panorama tan fuertemente homogeneizado sólo es posible advertir diversidades si se tienen en cuenta posiciones muy minoritarias; sólo a partir de esta advertencia, es decir de que se habla de posturas y tendencias muy desequilibradas, se puede indicar que los diferentes enfoques metodológicos se manifiestan en su diferente actitud ante el Estado.

Toda esa tendencia claramente mayoritaria a que se ha venido haciendo referencia, tiene en común el prescindir en sus característicos análisis empírico-concretos, de elementos aislados, del Estado como categoría jurídico-política unitaria y articuladora de todo el orden constitucional. Se trata de un Derecho constitucional sin Estado; aún más, del Derecho del Estado sin Estado. Ello supone ciertamente «despolitizar» en sentido teórico-objetivo el Derecho constitucional, lo que, en los autores más conscientes, se acepta como un progreso en la tecnificación del mismo (la correspondencia que guarda esta actitud con las tendencias antiestatalistas parece clara y la despolitización teórica se convierte en politización práctica).

Dentro de esa tendencia que desde los supuestos de que aquí se ha partido se puede considerar como «administrativa» en ese amplio sentido y en la que en su mayoría no cabe hacer mayores precisiones, pueden distinguirse como más significativas otras dos: una administrativista en sentido estricto o técnico caracterizada por su propuesta, más prácticamente ejercida que teóricamente defendida, de indiferenciar las diferentes ramas en un sólo «Derecho público» que se construye básicamente desde categorías y técnicas procedentes del Derecho administrativo con las que se trata igualmente la Constitución considerada una norma más —es decir diferenciada, como las demás, por peculiaridades formales— del ordenamiento jurídico; y otra que a partir de un entendimiento estrictamente judicialista pone el acento en la perspectiva y configuración procesal del Derecho constitucional.

Frente a ella se encuentra en posiciones minoritarias como se viene repitiendo la tendencia que, por el contrario, coloca al Estado en el centro de los estudios constitucionales, en cuanto que es inicialmente lo que la Constitución «constituye», en cuanto lugar último de resolución del conflicto jurídico-político, ordenador democrático de la producción del Derecho y ámbito específico de realización de lo general y, por tanto, de los derechos y libertades. Se entiende, por consiguiente, que el Derecho constitucional, está objetivamente politizado en sentido teórico fuerte y que desconocer este hecho, como cualquier otra actitud que

desconozca u oculte cualquier aspecto de lo real, no se propone objetivos científicos; asimismo, que este específico contenido condiciona la forma y, por tanto, demanda una también específica técnica en el tratamiento de los problemas jurídico-constitucionales (que en este cuestionario la pregunta se haga sobre orientaciones del actual «Derecho político español» o que uno de los últimos manuales se llame «Derecho político», son algunas de las escasas excepciones que rompen la huida general hacia la expresión «Derecho constitucional» que se entiende «más propia» y desde luego más «expresiva» de la situación actual).

A partir de estos supuestos, en una u otra forma comúnmente percibidos y compartidos, cabe destacar tres posiciones: la que sitúa como preocupación primera la «estimativa constitucional» relativizando el análisis y la construcción jurídica a la realización de los valores que se entiende debe vehicular el Derecho constitucional en abierta oposición a cualquier tipo de positivismo; la que a partir del Estado y su revalorización como centro teórico trata de hacer desde una gran exigencia intelectual una revisión crítica de las categorías del Derecho constitucional que lo eluden o lo deterioran; finalmente la que a partir de un análisis espacial-territorial, en definitiva histórico, del Derecho constitucional sitúa en primer término la problemática y el impacto que en el mismo ha producido la crisis del Estado social en cuanto que proyecta sus efectos en el Estado democrático y en el Estado de Derecho analizando a partir de ahí los elementos relevantes de la realidad constitucional española.

JORGE DE ESTEBAN

En primer lugar, debo aclarar que soy más bien partidario de denominar a nuestra asignatura como Derecho Constitucional que como Derecho Político. Es cierto que el más político de todos los Derechos es el Constitucional, pero ello no justifica que se denomine así, desde el momento en que disponemos de una auténtica Constitución. La tradicional denominación de nuestra asignatura, se quiera o no, contiene, después de los años del régimen franquista, ingredientes ideológicos que no se pueden ignorar y que además nos separan de la denominación establecida en todo el ámbito occidental en donde rige, de forma general, la de Derecho Constitucional.

Ahora bien, dicho esto no cabe duda de que los que nos iniciamos en el estudio del llamado Derecho Político, no tuvimos más remedio, como ya he dicho, que dedicarnos también al estudio, con otros métodos no exclusivamente jurídicos, de asignaturas como la Ciencia Política. Ello ha significado, al menos en mi caso, que tras la aprobación de nuestra Constitución, algunos sigamos realizando otros trabajos, además de los propiamente constitucionales, que están en la órbita de la Ciencia Política o de otras ciencias afines¹.

1. Como es sabido, durante la época franquista, se llegó a definir la asignatura de Derecho Político, como una especie de cajón de sastre, dónde cabían todos los estudios que tuviesen una relación con el Poder.

Por supuesto, esta dualidad de objetos de estudio no se puede exigir a todos los especialistas de nuestra asignatura y, en consecuencia, se ha producido una escisión, incluso con Asociaciones profesionales diferentes, entre los cultivadores del Derecho Constitucional y los de la Ciencia Política². Tal escisión ha afectado especialmente a mis propios discípulos y colaboradores, en el sentido de que se han decantado por el cultivo de ambas, por una u otra especialidad, o por alguna otra diferente³. Por lo demás, la casi mayoría de profesionales de nuestra asignatura han optado por el método jurídico, es decir, por el estudio de la Constitución a través de la hermeneútica, relegando la aplicación de otros métodos a los diferentes especialistas.

Por supuesto, en nuestra situación actual, el Derecho Constitucional aparece como un auténtico Derecho, pues si partimos de la idea de que no hay Derecho sin Juez, hoy podemos afirmar que en nuestra disciplina existe un Juez constitucional que es lo que convierte a la Constitución en un auténtico Derecho de aplicación y vinculación inmediatas, circunstancia que, salvo el corto paréntesis de la II República, es la primera vez que se produce en España. Ahora bien, esta saludable tendencia podría hacernos olvidar que, con todo, el Derecho Constitucional es un Derecho *sui generis*, que está sujeto a unos condicionamientos políticos de los que suelen carecer el resto de las ramas del Derecho. Por supuesto, no cabe duda de que hay que utilizar sin excusa el método jurídico en el estudio y explicación de la Constitución, pero habría que convenir también en que a veces se necesita algo más⁴. Dicho de otra manera, en ninguna otra rama del Derecho son tan necesarias, como en el Derecho Constitucional, las Ciencias auxiliares, con sus respectivos métodos, si es que se quiere llegar a explicar la realidad de las cosas. Sería una enorme superchería pretender que el funcionamiento de nuestra Constitución se puede explicar únicamente mediante la aplicación del método jurídico, tal y como parecen demostrar algunos especialistas vergonzantes de nuestra dis-

2. En tal sentido, creo que peca de dogmático E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando escribe en su Prólogo, varias veces citado, que «debe notarse que no hay hoy ejemplos de científicos-políticos o de sociólogos, o de filósofos, o de historiadores que se dediquen, a la vez que a su ciencia respectiva, al menester, teórico o práctico, de los juristas estrictos», p. 27. Sin tener que enumerar una lista de autores que hayan combinado los análisis sociopolíticos con los estrictamente jurídicos, creo que basta como ejemplo paradigmático el del «jurista del siglo», Hans Kelsen, que aparte de crear su Teoría pura del Derecho, también dedicó algunos trabajos a la Ciencia Política (Ver, por ejemplo, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977), lo que permitió ser miembro de la *American Academy of Political Sciences* de Filadelfia...

3. Sin perjuicio de que los interesados puedan matizar mi propia apreciación, creo que puede ser ilustrativo que señale la opción por la que se han decantado once catedráticos y tres Profesores Titulares, discípulos o antiguos colaboradores míos: por la Historia del Pensamiento Político (Santos Juliá), por la Sociología general (José Enrique Rodríguez Ibañez), por la Ciencia Política (Pilar del Castillo y María Antonia Calvo), por el Derecho Constitucional exclusivamente (Santiago Varela †, José Luis García Ruiz, Miguel Satrustegui, Pablo Pérez Tremps, Francisco Javier García Fernández, Eduardo Espín y Pedro José González Trevijano) y por el Derecho Constitucional y la Ciencia Política (Luis López Guerra, Joaquín García Morillo y Angel J. Sánchez Navarro, aparte de mí mismo).

4. Como ejemplo ilustrativo y estupefaciente de a dónde pueden conducir los excesos en el empleo del método jurídico, entre los constitucionalistas, se puede ver el reciente trabajo de B. ALAEZ CORRAL, «La Constitución española de 1978: ¿Ruptura o reforma constitucional?», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 9, 1997, pp. 161-191.

ciplina, reconvertidos en juristas más que ortodoxos. En efecto, algunos parecen reivindicar no ya la teoría pura del Derecho en el estudio de nuestra asignatura, sino la teoría del Derecho puro, lo que parece demasiado. A todos ellos habría que recordarles que el Derecho en general, y el Derecho Constitucional en particular, no constituyen un fin en sí mismos, sino sobre todo un poderoso medio para conseguir una sociedad más justa y democrática. Porque, de lo contrario, los análisis jurídicos podrían convertirse en técnica de ocultación de la realidad y, en consecuencia, el lugar del tradicional engaño sacerdotal sería ocupado por el nuevo engaño de los juristas.

ÁNGEL GARRORENA

Aunque se trate de una obviedad, debo comenzar por decir que no resulta nada cómodo contestar a esta segunda pregunta. No tanto por sus dificultades intrínsecas, que son bastantes, cuanto porque responder a ella supone establecer cuáles son, según nuestro particular criterio, las claves en las que reside la identidad de los otros, y ese será siempre un ejercicio tan atrevido como lleno de riesgos. Por eso me ha parecido oportuno lanzar aquí por delante un par de precisiones, creo que nada fuera de lugar. Serán muy breves. La primera consiste en advertir que, a mi juicio (repase si no el lector el final de la respuesta anterior), ninguna de las posiciones en liza permite objetivar hoy el debate diciendo que lo que está en juego es la opción entre hacer Derecho o no hacerlo; antes bien, quienes se ocupan actualmente y en este país de nuestra disciplina mantienen tan sólo formas distintas de hacer Derecho Constitucional, todas ellas pertrechadas de muy buenas razones e identificables con conocidas orientaciones del Derecho Público acreditadas desde hace tiempo dentro y fuera de nuestras fronteras; y esto deberíamos concedérselo de entrada –sin más– los unos a los otros; sencillamente, porque es cierto. Y segunda puntualización: que la convergente pluralidad de métodos y orientaciones en el modo de cultivar una ciencia será siempre riqueza y nunca debilidad de la misma, con lo cual la lógica defensa de la propia forma de ver las cosas no tendría por qué devenir en menosprecio de otros modos de plantear la zona del saber que a nuestra disciplina le ha correspondido; o, lo que es lo mismo, que no estoy nada convencido de que fuera lo más conveniente para el Derecho Constitucional que todos cultivamos el que una concreta orientación (ésta que estimamos la mejor; y que cada uno piense en la que tiene por tal) se quedara para sí con todo el campo. Mala victoria sería ésta, aunque todavía algunos parezcan considerar que ése es el camino preferible.

Una vez dicho lo anterior, y persuadido además de que toda esquematización es una forma de poseer –pero también de falsear– la realidad, me atrevería a reducir a cuatro las direcciones fundamentales en las que, a mi juicio, se está haciendo hoy el Derecho Constitucional en nuestro país. A su vez, dentro de cada una de tales orientaciones no todo son coincidencias y, por supuesto, muchos autores harían bien en reclamar que no se les encasille en ninguna de ellas, dada su lógi-

ca inclinación a combinar en una fórmula más personal las ventajas de varias. Comencemos, pues.

Según una primera forma de ver el Derecho Constitucional, bastante frecuentada por la doctrina, el objeto fundamental de nuestra disciplina lo es la Constitución considerada como norma de aplicación directa y respaldada además por un Tribunal Constitucional, el cual garantiza su supremacía en todo ámbito, pero sobre todo en el terreno de los derechos fundamentales. Para esta corriente es esencial, asimismo, el que las Constituciones de los últimos cincuenta años (y entre ellas la nuestra) hayan incorporado valores materiales a su texto, ya que, así, ocuparse de la Constitución con método jurídico no comporta un abstracto ejercicio de lógica formal (con lo cual las acusaciones de positivismo deben caer por su peso) ni supone tampoco una desconexión con la realidad y con las ideas de valor que operan dentro de la misma (con lo cual, a su vez, el recurso a las ciencias empíricas ya no es un expediente inexcusable para enlazar con aquélla). En definitiva, vienen a mantener quienes asumen este enfoque, trabajar con estricto método jurídico ha pasado a ser una forma especializada y profesionalmente coherente de ocuparse de la vida porque ésta –a diferencia de lo que sucediera durante los primeros ciento cincuenta años del constitucionalismo– discurre ahora a través del Derecho. Así pues, estima absoluta por la técnica jurídica, concepción garantista del Derecho que desplaza –bien que sin monopolizarla– la atención investigadora a las libertades públicas y al momento de la aplicación judicial de la norma, y correlativa prevalencia de la visión del Derecho Constitucional como *jurisdictio*, son, a la postre, los signos de identidad de esta orientación.

Próxima a ella, pero distinguible de la misma, existe una segunda dirección que considera técnicamente más correcto retraer la identidad de la Constitución a sus datos más formales. En concreto, a su condición de supremacía sobre las demás normas y a su capacidad para regir el proceso de creación del resto del Derecho. La Constitución es así, ante todo, «norma superior del ordenamiento» y «norma para las demás normas», y desde esta cualidad suya, autónomamente jurídica, se puede y se debe, según esta opinión, construir todo el entramado dogmático de nuestra disciplina. Por razones obvias, fuentes y justicia constitucional son los temas preferidos –en absoluto intento decir exclusivos– de esta corriente.

En una orilla sensiblemente alejada de las anteriores (lo cual viene a probar esa residual permanencia de los modos que ya cruzaron sus armas en 1982, a la que en su momento me referí) cabe detectar la existencia de una tercera corriente interesada en superar el juridicismo a ultranza que, según ella, implica la reducción del Derecho Constitucional a un Derecho tan sólo de normas. No es fácil encontrar una nomenclatura común bajo la que encuadrar a quienes trabajan en esta dirección, pero sí creo apuntar a un dato en el que convergen estos autores si digo que en todos ellos se aprecia una especie de herencia, a menudo confesada, de Herman Heller y de su conocida convicción según la cual la Constitución nunca puede agotar la realidad constitucional. Siguiendo al profesor alemán, quienes se encuadran aquí consideran que, junto a los elementos estrictamente jurídicos de dicha realidad (lo que Heller llamó la «normatividad»), la misma integra ele-

mentos fácticos esenciales (lo que Heller denominó la «normalidad») a los que el jurista no puede volver la espalda. Sobre sus huellas, pues, y también sobre las de Triepel o Smend a otros efectos, estos autores intentan elaborar un Derecho abierto a los presupuestos sociales de la norma y atento a su capacidad como factor de estructuración del poder, que, de nuevo, condiciona la preferencia por ciertos temas. Sin ser un absoluto desconocido aquí, lo cual jamás podría decirse con justicia, el momento de la aplicación de la norma al caso (ese Derecho Constitucional como *jurisdictio* que tanto interesaba a otros) cede su lugar en las preferencias de esta corriente a la consideración del Derecho Constitucional como *legislatio*, entendido dicho término como una referencia al momento de creación de la norma y, en consecuencia, a las estructuras que adquieren legitimidad para crearla: principio democrático, ideología de la norma constitucional, teoría de la representación, aspectos orgánicos de la disciplina, partidos, sufragio, derechos económico-sociales y función transformadora de la Constitución, son sus objetos preferidos a la hora de trabajar.

Finalmente, aunque tan entreverada con algunas de las corrientes anteriores que no soy capaz de colegir qué grado de autonomía posee, creo que procede constatar la existencia de una cuarta postura, cuya apelación a referentes metodológicos actualizados y muy serios vale la pena subrayar. Estoy pensando en los claros signos de aproximación a la comprensión de nuestra disciplina como «Staatsrecht» o «Derecho del Estado», que desde hace tiempo se vienen advirtiendo en la doctrina española (traducción del «*Staatsrecht*» de Stern; espléndida recensión del «*Handbuch*» de Isensee-Kirchhof publicada en la REDC, por ejemplo...). Para esta orientación, la ciencia a la que le encomendamos el estudio normativo de la Constitución debe ser, como es lógico, una ciencia jurídica, distinta por tanto de la antigua «Staatslehre» o «Teoría del Estado», pero de ahí no se deduce que dicho saber deba de existir tan sólo como «Derecho de la Constitución». Antes bien, esa ciencia ha de conformarse como «Derecho del Estado», nomenclatura en la cual ninguno de los dos términos sobra; el primero, porque muestra que hablamos claramente desde planteamientos jurídicos, y el segundo porque deja ver que, aunque aquí esté incluido el estudio de la Constitución, su objeto no es la Constitución sola y simple. Como afirmara Isensee en la obra antes citada, y su opinión resume muy bien el criterio de todos, una ciencia jurídica preocupada por la Constitución, pero abstraída de su referencia al contexto institucional del Estado, sólo permite hacer un Derecho Constitucional «constitucionalmente introvertido».

En fin y por si acaso esta encuesta persiguiera también que cada uno de nosotros declare su propia postura, diré que, por mi parte, la he adoptado hace poco y por extenso en un trabajo titulado «Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional», aparecido en el n.º 52 de la REDC. Doy los datos para el improbable caso en que algún lector estuviera interesado en ir a sus páginas, porque no me siento capaz de resumir aquí en pocas palabras lo que allí me costó —sin que ello signifique nada sobre su calidad— un notable esfuerzo de síntesis. Recordaré tan sólo que en dicha sede se intenta ubicar al Derecho Constitucional, como creo que debe hacerse con todo el Derecho, en el marco de las ciencias prácticas, aquéllas que tienen que ver con el obrar humano sometido a dilema y necesita-

do, por tanto, de criterios que le ayuden a alcanzar respuestas contrastadas, porque de esa condición pienso que es nuestro objeto (y, en consecuencia, el tipo de razonamiento que debe operar sobre el mismo) tanto en el momento de la creación de la norma, donde la Constitución resuelve cuáles son las opciones fundamentales que convierten a una comunidad política en comunidad de Derecho, cuanto en el momento de la aplicación de la norma, en el cual los operadores jurídicos se vuelven a enfrentar a una nueva ponderación entre alternativas no necesarias. Se entiende, pues, que el Derecho Constitucional sea para mí, a la vez, *legislatio* (término que ya habrá advertido el lector que utilizo en el sentido de *constitutio*, con toda intención) y *jurisdictio*; y que, en mi criterio, pensar siquiera en preterir a alguno de ambos momentos sea poco menos que una barbaridad. Añadiré, simplemente, que el planteamiento anterior debe quedar prolongado, a mi juicio, con una correcta consideración de la distinta forma en que actúa la razón práctica cuando opera en el momento de la aplicación del Derecho (donde la suya debe ser una lógica vinculada a normas) y cuando, en cambio, opera en los momentos de la creación del Derecho positivo y de su revisión crítica (instantes en los cuales, sin dejar de actuar también desde materiales jurídicos, pero esta vez jurídico-dogmáticos, dicha razón debe sobrevolar a la norma con toda libertad). E insisto en la importancia que para mí tiene la anterior distinción porque creo que sólo partiendo de un esquema como el que indico es posible –al menos, lo es para mí– hacer un Derecho Constitucional a la vez tan técnico, tan respetuoso con la positividad de la norma, como corresponda, y tan crítico, tan nada esclavo de dicha positividad, como sea necesario.

Llegados aquí, tan sólo un comentario añadiré al panorama que acabo de trazar. Más allá de las aludidas diferencias a la hora de concebir el Derecho Constitucional, de las que ya dije que no me inquietan nada, lo que verdaderamente me preocupa en el momento actual de nuestra dogmática es la renuncia a la gran construcción que en la misma se advierte, esto es, el hecho de que parezcamos haber renunciado a construir desde presupuestos más generales –más originales y elaborados también– un sistema de razón que sirva para interpretar el conjunto y nos dé cuenta del mismo como totalidad. Contamos, desde luego, con espléndidos trabajos sobre asuntos concretos e incluso con manuales –ya muchos– que abarcan la materia total de nuestro saber; pero a los primeros hay que adivinarles casi siempre su teoría de fondo y de los segundos es posible sospechar –no en todos los casos, por supuesto– que ni siquiera la tienen. Nada más lejos de mi ánimo que incomodar a nadie con lo que digo. Es justo lo contrario lo que me mueve a escribir lo anterior; creo que hemos alcanzado el nivel de calidad en el que ese paso puede darse, tengo además toda la confianza del mundo en las capacidades de aquellos compañeros míos a los que podría parecer que censuro (¿por qué no censurarme el primero a mí mismo?), y considero, en fin, una torpeza que dejemos pasar este fértil momento sin atrevernos a dejar tal herencia. Sería, repito, renunciar a la «gran teoría», o a la teoría simplemente. Algo que un constitucionalista de los años treinta o cuarenta jamás hubiera entendido y que, allá donde se hace buen Derecho Constitucional, todavía hoy sigue siendo bastante difícil de entender.

LUIS LÓPEZ GUERRA

No creo que en estos momentos existan destacadas divergencias metodológicas en el ámbito académico del Derecho Constitucional español. En general, los trabajos que se insertan formalmente en el marco de la disciplina (es decir los publicados en las revistas de la especialidad, o los que se autositúan en el campo del «Derecho Constitucional») toman como punto de referencia el estudio y análisis de los aspectos constitucionales del ordenamiento; otro tipo de objeto de estudio (materias relacionadas con la Teoría o Filosofía Política, Sociología o Historia) han ido quedando en manos de cultivadores de otras disciplinas.

Sí es posible, en todo caso, percibir una cierta diversidad en cuanto a las materias a que se dedica mayor atención, en el sentido de que, en los últimos años, parece manifestarse un cambio en los intereses de los investigadores. En los comienzos del presente período constitucional, una parte considerable de los estudios de lo que el cuestionario denomina «Derecho político español» se centraba en el sistema de fuentes y, en forma estrictamente relacionada, con el sistema de distribución territorial del poder. Ello era comprensible en un momento en que la nueva regulación constitucional introducía considerables novedades en ambos campos (incluyendo la aparición de una relevante jurisprudencia constitucional). Además, la entrada en la Comunidad Europea venía a suponer nuevos problemas, teóricos y prácticos, en ambos aspectos. Sin embargo, el asentamiento y continuada puesta en práctica del nuevo sistema constitucional han supuesto en gran manera la clarificación de las cuestiones que sobre estas materias en su momento se plantearon, así como un relativo consenso sobre los temas en su momento objeto de discusión (papel de las leyes orgánicas, de la legislación básica del Estado, alcance de los Decretos-leyes, alcance de la reserva de ley, por poner algunos ejemplos). Por otro lado, la práctica cotidiana de las instituciones ha venido poniendo de relieve las dificultades que surgen en la relación entre los poderes, señaladamente en lo que respecta al Ejecutivo y al Judicial, destacando la importancia de la dimensión «orgánica» del Derecho Constitucional. Esta importancia deriva de las dudas que se han suscitado en los últimos años, sobre cuestiones relativas a la interpretación de la Constitución, y su desarrollo legislativo (aún reconociendo la relativa inexactitud del término «desarrollo») en relación con materias de la parte «orgánica» como pudieran ser la posición del Ministerio Fiscal, la existencia y extensión del «secreto de Estado», y la aparición y proliferación de administraciones «independientes». Parece, pues, que la dimensión «orgánica» del Derecho Constitucional va cobrando una mayor importancia, como muestran los cada vez más frecuentes estudios sobre materias antes descuidadas, sobre todo en relación con el Gobierno (como pueden ser los trabajos de Jiménez Asensio o García Fernández) o la Justicia (como los de López Aguilar, Díez-Picazo, M. A. Aparicio, por citar algunos).

ISIDRE MOLAS

El crecimiento en cantidad y en calidad del Derecho Constitucional en España ha sido muy considerable. Pero más que escuelas de origen metodológico, la

tradición española ha generado escuelas de una manera más compleja y personal. Dejando a un lado las posiciones más nítidas y extremas surgidas desde el normativismo o desde la teoría o filosofía crítica, las diferencias se han producido más bien de acuerdo con los temas tratados: el Estado Social y Democrático de Derecho, las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales, la división de poderes, en una sucesión temporal que ha estado caracterizada por el impacto de grandes temas políticos en la vida colectiva. Por ello no resultaría sorprendente que en un futuro cercano los temas del Derecho comunitario y del Derecho constitucional europeo o las cuestiones generadas por la sociedad de la información alcanzaran un tratamiento singular, en la medida en que están modificando de forma sustancial nuestro mundo real. Hasta hoy han existido más afinidades temáticas que líneas metodológicas dispares, pero debe admitirse que subsisten dos grandes perspectivas: una orientación más atenta a los problemas de la coherencia interna y otra más atenta a la coherencia contextual. Seguramente estas sensibilidades se acentuarán en el futuro, en el que deberá desarrollarse en mayor medida una Teoría de la Constitución que se enfrente con los grandes temas del constitucionalismo clásico, como por ejemplo la división de poderes, la representación individual o de partidos, las relaciones entre Estado de Derecho y principio democrático, la comprensión de la igualdad como procedimiento o como resultado, el valor de los principios, la protección de la libertad individual o colectiva en el espacio público, los derechos sociales. Ello comportará posiblemente la articulación de enfoques metodológicos más diferenciados entre originalistas y partidarios del activismo constitucional, entre partidarios de la autonomía de la norma y contextualistas, entre literalistas y finalistas.

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema debe mucho, sin duda, a la labor del Tribunal Constitucional. ¿Cuál ha sido, y cuál debe ser, la relación entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional? ¿Qué posición corresponde a cada una?

MANUEL ARAGÓN

La relación es, en primer lugar, de influencia recíproca, de conexión, pues, en un doble sentido: de un lado, la jurisprudencia constitucional ha de ser tenida en cuenta por la doctrina jurídica (que es más que la doctrina académica), por la sencilla, y definitiva, razón de que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución y, de otro lado, la jurisprudencia constitucional ha de nutrirse de conceptos jurídicos que la propia doctrina ayuda a formular. Esta relación se da incluso en el plano personal, pues también la doctrina «ingresa» en el Tribunal Cons-

titucional y se expone desde él en la medida en que de la doctrina proceden, generalmente, los Magistrados que lo componen, ya que han de ser «juristas de reconocido prestigio». Podría decirse, por todo ello, que la jurisprudencia constitucional es causa, pero también resultado, de la doctrina jurídica.

Pero, en segundo lugar, la relación también es de control. De un lado, el Tribunal no sólo controla las leyes (y otras normas y actos de los poderes públicos) sino también la interpretación que realizan los órganos judiciales y la misma doctrina académica (respecto de esto último utilizamos, como es obvio, un concepto lato y no normativo, sino intelectual, de la función de control). De otro lado, la doctrina debe criticar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, someterla a examen, comentarla, vigilarla. Entre otras razones porque si así no fuera el Tribunal Constitucional ejercería un poder escasamente controlado. Aparte de que, por razones de rigor intelectual, el jurista no debe abdicar de su capacidad de ejercer la crítica, incluso frente a las sentencias del Tribunal Constitucional. Al fin y al cabo la interpretación jurídica se sustenta en el diálogo y discusión entre diversas razones, de tal manera que es el debate intelectual lo que mantiene vivo al Derecho.

Cabría, por último, un entendimiento distinto de los términos que estamos utilizando, de tal manera que podría distinguirse entre jurisprudencia constitucional y doctrina constitucional, ambas como productos de la actividad del Tribunal Constitucional. La jurisprudencia constitucional se identificaría con las decisiones que el Tribunal adopta y la doctrina constitucional con las líneas consolidadas de interpretación constitucional que en el conjunto de esas decisiones cabe detectar sobre cada materia. Pero no viene al caso detenerse sobre ello porque éste no es, creo, el significado de los términos en el sentido que se nos ha preguntado.

CARLOS DE CABO

Es bien conocido como la relación entre Doctrina y Jurisprudencia tiene una larga tradición jurídica en la que el posicionamiento de una y otra ha experimentado cambios radicales que van desde la eficacia prácticamente directa de la «opinión» de los juristas en Roma a través de su recepción por los tribunales o la elevación de la «Ciencia del Derecho» a fuente primera en la concepción de Savigny, a su práctica exclusión a partir del positivismo y la defensa de la lógica formal en su aplicación al Derecho y, finalmente, a las nuevas posibilidades de relación que se abren con las propuestas de las tesis argumentativas y la aceptación moderna de que el sistema jurídico positivo no garantiza siempre una solución indiscutible por lo que, con frecuencia, la decisión judicial debe «buscar» un criterio de aplicación si bien con los condicionamientos de que debe pertenecer a ese marco y sea seguro y compartido. En esta situación, aceptada generalmente en el mundo jurídico moderno, la relación entre doctrina y jurisprudencia constitucional aparece como dotada de una especificidad que permite, al menos desde el punto de vista teórico, una mayor interpenetración en base a estas circunstancias:

1.º Porque si el sistema jurídico positivo en términos generales no siempre permite –como antes se indicaba– la deducción inequívoca de una conclusión que aparezca como la solución única al caso planteado, en materia jurídico-constitucional este hecho se acentúa por las características más abiertas de la estructura de la norma constitucional que amplía las posibilidades de alternativas y dificulta el hallazgo de soluciones procedentes exclusivamente de la lógica formal.

2.º Porque, además, buena parte de los conceptos que recogen los enunciados de las normas constitucionales aparecen cargados de un fuerte contenido histórico doctrinal muy específico que requiere un previo decantamiento teórico y que matiza notablemente el puro tratamiento normológico.

3.º Ocurre, asimismo, que si la decisión de los tribunales constitucionales debe como toda decisión judicial servir a la seguridad y demás valores del ordenamiento jurídico, está, además, sometida a la especial circunstancia de interpretar la voluntad del poder constituyente, lo que en ocasiones nada infrecuentes exige acudir a referencias también muy específicas.

Resulta, pues, que parecería que la Doctrina científica tiene en el ámbito constitucional legitimidades y solicitudes para entrar en la jurisprudencia con mayor entidad que lo que ocurre en otros ámbitos del Derecho. De hecho así ocurre en algunos ordenamientos constitucionales europeos.

En el caso español, las cosas ocurren de manera bien distinta. Lo que ha sucedido es que –de acuerdo con lo dicho anteriormente– al ser prevalentes en la doctrina española las tendencias antes descritas, sus propias características hacen imposible esa relación con la jurisprudencia por la singular razón de que prácticamente coinciden con ella. Porque, efectivamente, esa doctrina dominante se hace preferentemente en base al comentario cuando no a la pura acumulación de sentencias, de manera que es la Doctrina la que se hace en base a la jurisprudencia y no la jurisprudencia la que recoge –ni puede recoger– a la doctrina. La característica fase de construcción del nuevo Estado constitucional, junto a la peculiaridad de un proceso constituyente prolongado más allá de la aprobación de la Constitución, otorgaron al Tribunal Constitucional un protagonismo tal que, junto a todo lo más arriba expuesto, ha terminado proyectándose en la teoría. De esta manera la jurisprudencia se ha convertido, a la vez, en «Doctrina».

Hay que añadir que no obstante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí ha sido receptiva a influencias extranjeras, sobre todo de otros tribunales como el alemán, mientras que cuando excepcionalmente se han producido desarrollos consistentes en la doctrina española (por ejemplo sobre la cuestión de las fuentes) el Tribunal Constitucional no ha manifestado especial sensibilidad hacia ella.

A partir de aquí el camino que habría que seguir es tratar de recuperar la independencia respectiva, para lo que es necesario que la Doctrina trascienda esa mera preocupación «aplicativa» del Derecho constitucional, inexcusable en la jurisprudencia pero a todas luces innecesariamente reductiva del ámbito doctrinal, que debe reclamar, en el conocimiento del Derecho constitucional, el lugar verdaderamente científico, explicativo, sistemático y dinámico-transformador, superando el carácter conservador al que necesariamente le lleva este seguimiento jurisprudencial.

JORGE DE ESTEBAN

A mi juicio la relación en nuestro país, después de dieciocho años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional, lleva a la perplejidad. En efecto, son dos las características que creo se pueden detectar en esta relación.

Por un lado, una gran parte de la doctrina construye sus reflexiones partiendo casi exclusivamente de las sentencias del Tribunal Constitucional, lo cual es lógico en cierta medida porque la jurisprudencia constitucional es a no dudar una de las fuentes del Derecho en nuestro país. Pero el abuso de estas sentencias para construir cualquier obra doctrinal, no sólo reduce la capacidad imaginativa que debe ser propia de toda creación doctrinal, sino que además demuestra una ausencia de espíritu crítico por parte de nuestros especialistas. En otras palabras, aún reconociendo la meritoria tarea que esta llevando a cabo el TC, es evidente que como toda obra humana tiene también sus defectos o desviaciones. De esta manera, por un lado, son muchas las contradicciones que se pueden ver ya en la amplia jurisprudencia del TC que, sin embargo, no son puestas al desnudo por la doctrina. Y, por otro, existen sentencias del Tribunal que son claras aberraciones o que adoptan una interpretación discutible de la Constitución, lo que, sin embargo, no ha sido criticado en absoluto, o insuficientemente, por la doctrina, la cual parece adorar al TC como si fuese el vellocino de oro.

En segundo lugar, resulta también sorprendente que la jurisprudencia del Tribunal español, a diferencia de lo que ocurre en otros Tribunales, parezca ignorar en muchas ocasiones las aportaciones de la doctrina, pues cuando se sirve de ella, lo hace de manera anónima, sin mencionar a los autores que sigue en su labor jurisprudencial. Como digo, sería muy alentador para los autores doctrinales que se les citase, como ocurre, por ejemplo, en Alemania, cuando se utilizan sus argumentaciones. En definitiva, si la jurisprudencia del TC es fuente del Derecho, la doctrina constitucional debería ser fuente conocida de las fuentes del Derecho y no influir de manera anónima, como ocurre en la actualidad.

ÁNGEL GARRORENA

Es conocida la capacidad de transformación del modelo constitucional (quiero decir, de la Constitución misma, en cuanto concepto basilar del Derecho Público, y aun del Estado constitucional en cuanto estructura o complejo de instituciones) que la presencia de los Tribunales Constitucionales ha tenido allá donde este órgano ha sido implantado. En nuestro caso no podía ser de otra forma y la inclusión de un Tribunal Constitucional en el Título IX de la Constitución española de 1978 ha sometido a una intensa prueba a la práctica totalidad de las categorías jurídicas con las que hasta ese momento veníamos operando, para concluir además en la profunda revisión de buena parte de ellas. En lo dicho va implícito, pues, que hay algo de lógico (y si no pudiéramos decir que hay algo de lógico, habría que aceptar, al menos, que existe algo de inevitable) en el hecho de que

la doctrina contenida en las resoluciones del Tribunal Constitucional, del nuestro y de cualquier otro, cumpla una clara función conformadora respecto de las categorías que después utiliza el Derecho de un concreto país, ahí incluidos dogmática y operadores jurídicos. De este modo, el tema de las relaciones entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional aparece montado en todas partes sobre unas premisas que no dejan en el mejor lugar a la primera.

Ahora bien, ello admitido, creo que nuestra responsabilidad es trabajar hasta donde sea posible para modificar el sentido de dicha relación. No digo tanto como para invertirlo, pues, dado el lugar institucional que hoy le tenemos asignado a los Tribunales Constitucionales, eso es poco menos que imposible, y aun no sería del todo correcto, pero sí para hacer que tanto nosotros en cuanto doctrina como la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional nos aproximemos más a la posición que, en razón de nuestros cometidos respectivos, nos corresponde.

Alcanzar ese resultado requiere, no obstante, modificar actitudes a dos bandas, lo que en absoluto es sencillo y no parece que vaya a suceder de hoy para mañana.

Por parte de la doctrina, es preciso que comprendamos que, sin negar a la jurisprudencia (esto es, a eso que llamamos «justicia del caso») la capacidad creadora que le compete (esa que permite hablar de «creación judicial del Derecho»), la elaboración de materiales aptos para la interpretación, aplicación y crítica del Derecho puesto por el legislador —o por el constituyente— es, ante todo, una responsabilidad nuestra. De ahí que no debiéramos ir, como vamos, a remolque de las categorías que nos aporta el Tribunal Constitucional, sino que, muy al contrario, lo más oportuno sería que le nutriéramos nosotros a él de construcciones válidas para su trabajo. Tanto más cuanto que a nosotros como doctrina nos corresponde incluso la valoración crítica del trabajo creador que el Tribunal, en el legítimo uso de sus atribuciones, pueda realizar. Ahora bien, para que podamos cumplir adecuadamente esta función dogmática e invertir así el signo de nuestra relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es necesario que estemos realmente en condiciones de crear novedosos instrumentos técnicos que hagan después más fértil el análisis jurídico de los hechos y del Derecho. Y mi idea es que ello no es posible si no enmarcamos esa labor creadora en un contexto adecuado, cosa que en este momento no sucede, o no sucede del todo, según pudimos apreciar hace un instante. Lo que intento decir es que sólo en el marco de una construcción sistemática, total y coherente del Derecho Constitucional (precisamente ésa que yo echaba de menos en mi respuesta anterior) cabe esperar con sensatez que surjan conceptos nuevos, categorías antes no poseídas y enfoques luminosos que permitan ayudar desde la dogmática al trabajo de los aplicadores del Derecho e incluso se adelanten al mismo. Con lo cual, mi diagnóstico es que, por mucho que nos dejemos la piel en infinidad de meritorios trabajos singulares (contra cuya necesidad en absoluto argumento), mientras no entremos en el juego de la gran construcción dogmática, esto es, de la auténtica teoría, las categorías con las que trabajamos como doctrina nos las seguirá elaborando el Tribunal Constitucional; y a nosotros no nos cabrá otra salida que andar tras de sus pasos.

Por lo que hace al Tribunal Constitucional (y me temo que el tema es hoy tan complejo que habría que decir, por lo que hace a todos los Tribunales Constitu-

cionales similares al nuestro) ayudaría bastante también a poner las cosas en su sitio el que los mismos reconsideraran algunas de las muy discutibles cotas a las que han llegado en su labor, ya no de intérpretes, sino de forzadores del Derecho puesto, e incluso a veces –lo que, sin ser más grave, sí es más llamativo– del Derecho «puesto» no por el legislador sino por su propia jurisprudencia. Como tengo para mí que una de las páginas de Derecho Constitucional más lúcidas que se han escrito en este país durante los últimos años la constituye el voto particular formulado por el Magistrado Rodríguez Bereijo a la STC 222/1992, a lo allí dicho me remito, en la inteligencia de que éste es un tema que rebasa con mucho el objeto de la pregunta que se nos hace. Baste concluir diciendo que el hecho de que el Tribunal Constitucional no tenga por encima de él a ningún controlador no significa que su capacidad creadora de doctrina esté exenta de límites. Los tiene. Y, más aún, libre de cualquier otro censor, el «control» de tales excesos nos corresponde precisamente a nosotros.

LUIS LÓPEZ GUERRA

La relevancia que inmediatamente adquirieron, en la vida política española, las decisiones del Tribunal Constitucional, dará lugar, al menos en la década de los ochenta, a lo que podría llamarse una actitud «seguidista» por parte de la doctrina: en buena parte, los estudios constitucionales se convirtieron en exégesis de las sentencias del Tribunal. Ello no ha dejado de generar algunos inconvenientes. El estilo adoptado por el Tribunal español, posiblemente por primar las exigencias de consenso entre sus miembros, ha dado lugar a sentencias extensas, con amplios fundamentos jurídicos, en las que la ratio decidendi se ve acompañada por profusos obiter dicta que en ocasiones ocultan el razonamiento base. No hay que olvidar que la resolución del caso concreto planteado se proyecta continuamente sobre el hilo lógico de la sentencia; aún en las afirmaciones más aparentemente generales subyace un propósito, el de fundamentar la decisión del supuesto particular a resolver. Por ello, toda deducción de principios interpretativos de índole general a partir de una sentencia ha de realizarse con considerables precauciones, si no se quiere ir mucho más allá de lo que el Tribunal pretendía; de hecho, sólo la presencia de líneas jurisprudenciales continuadas, y mantenidas en una serie de Sentencias, puede garantizar que el Tribunal pretende sentar criterios interpretativos estables. Sin embargo, en muchas ocasiones, los exégetas de la jurisprudencia constitucional no guardan las debidas cautelas, y extrapolan afirmaciones formuladas como obiter dicta, o como acompañamientos doctrinales o eruditos, convirtiéndolos en máximas para la interpretación constitucional, o en dogmas irrefutables. Aún más, desgajar frases, párrafos o aún fundamentos enteros de una sentencia, para darles una suerte de «valor normativo» autónomo representa una operación a veces temeraria. Dicho en forma más simplista, planea en nuestra doctrina el peligro de un talmudismo constitucional: esto es, de utilizar las expresiones de la jurisprudencia constitucional, fuera del contexto en que se han producido, para darles una validez universal, y no sólo ad casum, en la interpretación de la Constitución.

Mucho más fructífera –aunque más arriesgada– resulta otra tarea: la de examinar casos planteados –o por plantearse– ante el Tribunal, y aún no resueltos por éste, suministrando criterios o materiales para la resolución del conflicto constitucional que se formule. Desde esta perspectiva, la doctrina serviría de guía a la jurisprudencia constitucional, y no de mero comentario o recordatorio de ésta. Desde este punto de vista de quien ha participado –en posiciones diversas– durante algún tiempo en la actividad del Tribunal, resulta inestimable la ayuda que suponen las reflexiones de estudiosos que se han enfrentado con problemas aún no resueltos por el Tribunal Constitucional, proponiendo sus propias perspectivas y soluciones. Posiblemente, muchas decisiones del Tribunal –por ejemplo, las referentes a la naturaleza de los «derechos históricos», al significado de la cláusula de supletoriedad, o a los requisitos formales de la normativa básica estatal– no serían concebibles sin hacer referencia a las precisiones mantenidas previamente por la doctrina académica.

ISIDRE MOLAS

La jurisprudencia constitucional ha tenido una importancia capital en el desarrollo de nuestro Derecho Constitucional. En cierta manera la jurisprudencia ha sido el motor de la doctrina. La solidez y fuerza teórica de aquélla, a veces incluso más allá de lo imprescindible, han sido fundamentales. El Derecho Constitucional ni debía, ni podía prescindir de ella, aunque me parece que la doctrina ha ido más bien a remolque de la jurisprudencia y, por tanto, ha tendido más a la ordenación y comentario que al debate doctrinal previo que sólo después la jurisprudencia destila y define. Seguramente el peso doctrinal contenido en las sentencias del Tribunal Constitucional ha sido indispensable para poder resolver los asuntos concretos que debía decidir, en mi opinión en general con gran acierto. Pero su dimensión de legislador negativo se ha visto ampliamente superada por una práctica definitiva, que se refleja no sólo en los amparos, sino en el resto de cuestiones. El balance es positivo, en especial en el campo de los derechos, aunque ha introducido mutaciones discutibles (por ejemplo, el cambio de sentido de la inmunidad parlamentaria y de la derogación constitucional). Este activismo ha sido seguramente necesario en toda una primera fase hasta llegar a un asentamiento constitucional, pero no es seguro que se aminore en un futuro, en la medida en que el Derecho en la nueva sociedad, fragmentada y globalizada, emergente en el hemisferio norte, tiende a ser entendido de manera menos general y predeterminado.

EQUILIBRIO DE PODERES

Las conmemoraciones ofrecen una buena ocasión para enfrentarse a la propia circunstancia histórica desde la firme atalaya de los principios clásicos. Doscientos cincuenta años después de que, en 1748, se publicara El espíritu de las

leyes, ¿es recuperable algún equilibrio entre los poderes públicos? ¿Puede el Derecho Constitucional ordenar los procesos de vaciado funcional y simbólico de las Cortes, reforzamiento ilimitado del Gobierno y saturación de la judicatura?

MANUEL ARAGÓN

Me parece que, aparte de algunas adecuaciones a los nuevos tiempos, el Estado constitucional sigue sustentándose en la base firme que estableció el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: sólo hay Constitución si están garantizados los derechos y dividido el poder. Por ello, aunque han transcurrido ya más de doscientos cincuenta años desde la publicación de «El Espíritu de las Leyes», la idea de la división de poderes no ha perdido, ni mucho menos, su vigencia y cualquiera que pretenda enterrar a Montesquieu pretende enterrar al mismo tiempo al Estado constitucional.

Es cierto que, en los últimos decenios, especialmente en el parlamentarismo europeo, se ha producido una atonía de la división de poderes, por haberse debilitado el parlamento a consecuencia de un defectuoso funcionamiento de la democracia de partidos. El mal llamado «Estado de partidos» ha originado un decaimiento de la función parlamentaria de control y, por ello, una pérdida de protagonismo de las cámaras parlamentarias, sustituidas en su papel de espacios de debate y crítica públicos por los medios de comunicación de masas e incluso por los tribunales de justicia. La falta de agilidad del parlamento para hacerse cargo de inmediato de los grandes problemas de la vida política, social y económica, ha originado que en lugar de que la prensa trate de lo que se dice en la cámara, sea la cámara la que habitualmente trata de lo que se dice en la prensa.

Por otra parte, la falta de ejercicio de la responsabilidad política (responsabilidad imposible de exigir, por el funcionamiento de las mayorías mecánicas, e inusual de ofrecer, por una lamentable pérdida de las buenas costumbres del régimen parlamentario), ha acabado llevando a los tribunales de justicia la casi totalidad de los problemas públicos, produciéndose una excesiva judicialización de la política y una correspondiente, e inevitable, politización de la justicia.

Ante ese panorama, el Derecho Constitucional no puede hacer gran cosa por sí sólo, ya que únicamente con el concurso de los políticos (de los partidos habría que decir, con mayor propiedad) puede encontrarse remedio a ese defectuoso funcionamiento del Estado constitucional. Y como los partidos, por inercia, no suelen ser proclives a adoptar reformas que moderen el poder de sus propios dirigentes, quizás corresponda a la opinión pública, o más aún, a la cultura cívica y, por supuesto, a la cultura jurídica, apremiar a la llamada clase política para salir de esta situación que está deteriorando, sin duda, la legitimidad democrática.

Ahora bien, reducido a su modesto papel de ofrecer remedios técnicos capaces sólo de operar si hay voluntad política para ponerlos en funcionamiento, el Derecho Constitucional puede suministrar alguna ayuda para recuperar un mejor funcionamiento de la división de poderes, que es lo mismo que decir para lograr

un mejor funcionamiento del Estado constitucional. Y no por un prurito académico, sino porque únicamente cuando el Estado constitucional funciona están aseguradas la libertad y la igualdad de los ciudadanos.

La reforma de las normas electorales para lograr una mayor cercanía de los representantes a los representados, la regulación de los partidos para mejorar su democracia interna y hacer más transparente y «socialmente responsable» su financiación, la modificación de los reglamentos parlamentarios para dotar a los parlamentarios individuales y a las minorías de unos auténticos «derechos» de control del Gobierno y de la gran masa de entidades «para-estatales» que hoy existen, son, entre otras medidas de tipo jurídico-constitucional, algunas de las que podrían cooperar a reforzar la división de poderes y, con ello, a consolidar la función central del parlamento en la vida política democrática.

De todos modos, no puede olvidarse que hoy, en Europa, y muy especialmente en España, la división de poderes no es sólo funcional sino también territorial. De una parte, todos los Estados de la Unión Europea han traspasado una gran cantidad de poder a las instituciones comunitarias, con lo cual la capacidad de actuar de las instancias públicas está distribuida entre las autoridades internas y las comunitarias. De otra parte, en España el Estado también ha traspasado amplias competencias a las Comunidades Autónomas.

Esta doble división territorial, consecuencia del traspaso de poder hacia arriba y hacia abajo, sólo está hoy sometida, prácticamente, al control de los tribunales: del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un caso, y del Tribunal Constitucional en otro. Se hace necesario crear y fomentar instancias políticas (que no sólo judiciales) de control y verificación de esa división, aunque sólo sea porque la política no puede quedar enteramente sustituida por la técnica. La democracia exige que los «frenos y contrapesos» del poder estén garantizados en última instancia por los tribunales, por supuesto, pero también que puedan ser ordinariamente ejercidos por las instituciones representativas sin necesidad de que haya de acudir en todo caso a los estrados judiciales.

CARLOS DE CABO

Con frecuencia las reflexiones sobre la situación actual de los poderes del Estado se hacen con referencia a un modelo que nunca existió. Desde el primer momento de la fase liberal siempre hubo un poder prevalente. Y así se defendió desde Orlando a Duguit, desde Jellinek a Carré, en cuanto desde posturas distintas (desde los defensores de la personalidad jurídica del Estado a sus críticos) se entendía que era necesario la existencia de un «centro de imputación» en el Estado para construir la unidad necesaria al mismo. El hecho tiene, asimismo, otra lectura: los poderes y su relación no han sido simples mecanismos jurídicopolíticos de carácter técnico del Estado sino centro históricos de localización del dominio de clase; esto explicaría su desigualdad y el paso del predominio del parlamento en el capitalismo liberal como lugar desde el que la burguesía como clase relativamente unitaria ejercía su dominación y construía también de manera unificada

el ordenamiento jurídico (que fue antes una realidad que un «descubrimiento» o construcción de los juristas) al predominio del ejecutivo como lugar desde el que la fracción dominante la ejerce ahora en el capitalismo monopolístico al penetrar en el parlamento intereses contrapuestos no parlamentarizables con ella. A esta circunstancia se añaden indudablemente otras que apenas es posible enumerar y que se vinculan, de una parte, a las transformaciones de una sociedad en la que han aparecido nuevos y grandes intereses «no representables» en el parlamento y, de otro, a las transformaciones operadas a partir del Estado social y su crisis pues esta crisis como se apuntó se extiende al Estado democrático (un Estado que necesita tomar decisiones perjudiciales para la mayoría sólo puede hacerlo si se distorsiona la conciencia de esa mayoría, es decir, se distorsiona el funcionamiento democrático-participativo: formación de la opinión pública, complicidad partidista, eliminación de la economía del ámbito de la política, es decir vaciar el parlamento de las decisiones económicas fundamentales, etc.) y al Estado de Derecho (en el que, en los aspectos que aquí se contemplan, cabe destacar la crisis de la ley manifestada tanto en la pérdida de sus caracteres como en la sustitución por un instrumental jurídico diferente).

Por tanto, el parlamento, donde tiene lugar la articulación del Estado democrático y del Estado de Derecho, es el máximo exponente de esta adecuación del Estado a la fase histórica actual, pero que no deja de reflejarse, como consecuencia, en la situación del poder judicial. Porque, ciertamente, también experimenta una fuerte transformación desde la fase liberal en la que la justicia era básicamente una justicia de clase y para una clase y de ahí que se la rodeara de todo el ritual y la majestad simbólico-legitimadora, a una justicia interclasista a la que acceden las diferentes clases, inmersa en el conflicto social ante el que puede tomar actitudes distintas de las meramente legitimadoras y por lo que se puede convertir en peligrosa toda aquella potenciación simbólica como se manifiesta en que se haya empezado a discutir su legitimidad democrática. El hecho se acentúa porque en la medida en que el Estado y el sistema político en su conjunto experimentan esos cambios, el poder judicial se convierte en el poder «control»: técnico (exacerbado por la característica mediadora del Estado social que hace que con frecuencia los conflictos terminen siendo contra el Estado y que se manifiesta en el desmesurado crecimiento de las cuestiones contencioso-administrativas), político (al convertirse en el restaurador del equilibrio por el déficit del control democrático del gobierno en el parlamento) y social (por el proceso creciente de marginalización). Ambas situaciones, la del parlamento y la del poder judicial, se vinculan además de por razones políticas (la discusión por la posible parlamentarización de los problemas organizativos de la justicia) por razones técnicas. Me parece que no se ha dedicado la reflexión debida al hecho de la trascendencia que sobre un poder judicial que se legitima en base a la ley tiene justamente la antes mínimamente apuntada crisis de la ley.

Desde estos supuestos se deduce con claridad que la postura que aquí se mantiene es que los problemas que sufren el parlamento o el poder judicial no se generan en ellos mismos y, por tanto, difícilmente se pueden resolver también con medidas exclusivamente «internas» o que sólo a ellos les afecten. Porque además, son imposibles y no pasan de mera desiderata.

En todo caso creo que el camino no puede ser otro que, desde el orden constitucional, potenciar las medidas de recuperación tanto del Estado democrático (y aquí tienen cabida tanto las propiamente parlamentarias de funcionamiento técnico, manifiestamente perfeccionable, como las competencias en materia económica, tratando de globalizar legislativamente toda la política económica, el acceso directo y no a través del gobierno a la información y control de la administración, asegurar la eficacia de las decisiones parlamentarias, hacer efectiva la autonomía del parlamento en medios y tiempo de trabajo, hasta las extraparlamentarias como lo que puede llamarse el control social del parlamento con formas de articulación de la actividad parlamentaria con otras formas de participación política fuera de las instituciones estrictamente representativas así como naturalmente los problemas preparlamentarios de la representación, sistema electoral y desde luego el de la formación de la opinión pública, es decir, el problema de los medios públicos de comunicación social) como del Estado de Derecho (tratando de rescatar el sentido de la ley y que ante la desconfianza que hoy inspira el parlamento debe confiarse más que en su carácter formal, en la construcción de un concepto material de ley a través del que puedan desplegarse las posibilidades que encierran instituciones como la Reserva de ley en toda la amplitud que la Constitución Española permite).

JORGE DE ESTEBAN

Me temo que para contestar debidamente a esta pregunta sería necesario encontrar al Montesquieu del siglo XXI, dada la enjundia de su planteamiento. Modestamente me voy a limitar a exponer sucintamente lo que pienso. En lo que se refiere a la doctrina de Charles-Louis de Secondat, me parece que habría que deslindar lo que se mantiene de ella y lo que ya ha periclitado definitivamente.

En cuanto a lo que sigue vivo, es evidente que se trata de lo más esencial. Esto es, Montesquieu formula su doctrina con la idea de que la mejor receta para preservar la libertad de los ciudadanos consiste en evitar la concentración del poder en unas solas manos. Para ello expone que debe crearse un sistema de pesos y contrapesos que evite el despotismo o, dicho de otra forma, que exista un sistema de controles dirigidos a exigir la responsabilidad del poder, el cual debe estar lo más dividido posible. Esta idea, suficientemente conocida, es lo que subsiste de su famosa doctrina y creo que nunca desaparecerá, aplicándose, por tanto, a cualquier situación histórica o a cualquier régimen político.

Vayamos ahora a lo que ha cambiado. En este aspecto, creo que son dos las modificaciones más sustanciales. En primer lugar, es evidente que en las actuales democracias constitucionales, como es la española, ya no se puede hablar, como he expuesto en otro lugar¹, únicamente de tres poderes del Estado. Por lo menos, habría que incluir dos más: el poder electoral y el poder corrector o de control de

1. Ver J. DE ESTEBAN y P. J. GONZÁLEZ-TREVÍJANO, *Curso de Derecho Constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Complutense, Madrid, tres tomos, 1992, 1993 y 1994.

constitucionalidad. El primero, basado en el sufragio universal y en el concepto de ciudadanía activa, debe tener cada día más importancia en las sociedades modernas, a través de todas las formas posibles de participación. El segundo, como ya he dicho, porque la vigencia real de una Constitución sólo se puede garantizar si existe un Juez que garantice su cumplimiento y su preponderancia en el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la teoría de Montesquieu también ha sufrido una gran transformación en lo que se refiere a la propia naturaleza de los tres poderes clásicos que él distingue. En efecto, incluso en los regímenes de mayor separación entre los poderes ejecutivo y legislativo, se ha acabado imponiendo, por la regla de la mayoría basada en los partidos políticos, una preponderancia del poder ejecutivo. La única manera, pues, de evitar los abusos de esa concentración de las funciones ejecutiva y legislativa en unas mismas manos, no puede pasar más que por el potenciamiento de la oposición y de todos los medios que ésta puede utilizar para controlar a la mayoría. Por otra parte, en las sociedades modernas se ha producido un fenómeno de judicialización de la sociedad que ha comportado que el Poder Judicial, que, según Montesquieu, debía ser prácticamente anónimo, se haya convertido en un poder omnipresente y en el que descansa en último término la validez de la propia naturaleza democrática de nuestros Estados de Derecho. Esta saturación de la judicatura es sin duda uno de los problemas mayores que habría que resolver en nuestras actuales sociedades, pues la cantidad de procesos es indudable que repercute en la calidad, eficacia y prontitud de los mismos. Por supuesto, la solución no sólo consiste en aumentar el número de jueces y los medios materiales al alcance de la judicatura, sino también en encontrar fórmulas de arbitraje para evitar que los ciudadanos recurran al Poder Judicial lo mismo que se recurre a los médicos de la seguridad social.

Por lo demás, el esquema reformado de la teoría de Montesquieu se encuentra también confrontado con el proceso que afecta a los países europeos, incluido España, respecto a la construcción de la Unión Europea, a cuyas instituciones se ha cedido gran parte de las competencias propias de la soberanía nacional. De ahí que el principio de la contención de poderes, última esencia de la doctrina de Montesquieu, pase también por una revisión, con criterios democráticos, de la actual configuración de los poderes comunitarios. En definitiva, cada vez es más necesaria una teoría como la del barón de la Brède, ajustada al siglo XXI, que nos explique a que tipo de organización política nos dirigimos, cuando el crepúsculo, aparente o real, del Estado, como forma política tradicional, se cierne sobre el horizonte.

ÁNGEL GARRORENA

Es evidente que, entre mis capacidades, no está la de homenajear como se merece al barón de la Brède en el doscientos cincuenta aniversario de la publicación de «El Espíritu de las Leyes»; al menos, si hay que hacerlo redefiniendo el principio de la división de poderes a la luz de nuestros actuales esquemas de

poder. Esa tarea tendrá que esperar, por tanto, a un nuevo Montesquieu. Lejos de ello, lo que estoy en condiciones de hacer apenas sobrepasa la frontera del tópico. Pero, aun siendo consciente de lo poco o nada que soy capaz de aportar a esta cuestión, no debo incurrir en la descortesía de dejar de contestarla; entre otras cosas, porque todos sabemos lo muy penado que está en nuestro oficio el dejar una pregunta en blanco.

Bromas aparte, sí quisiera hacer aquí un alegato en favor del esquema clásico de la separación de poderes, por lo menos mientras éste siga estando en el soporte de nuestras Constituciones o, lo que es lo mismo, en el espíritu de nuestra presente libertad. No quiero decir con esto que ignore o que crea que carecen de importancia los múltiples cambios producidos en esta zona durante los últimos doscientos años. Desatender tales modificaciones es, hoy en día, tan absurdo como imposible. Lo que intento es llamar la atención sobre la ligereza —me atrevería a decir incluso, la frivolidad— con la que, a veces, damos por sentado que el desgaste padecido por lo viejos mecanismos de la división de poderes nos autoriza a desconsiderarlos de plano (a esa actitud hay que imputar, por ejemplo, el desprestigio actual de la ley, la crisis presente de la función de control sobre el Gobierno o el descrédito por el que pasa en todas partes el mandato representativo...), cuando la verdad es que, en este momento, no sabemos todavía muy bien cómo cubrir el hueco que dejan esos desgastados institutos en nuestra libertad de ciudadanos. Más aun, cuando parece evidente que los nuevos mecanismos con los que la experiencia viene a sustituirlos presentan, en muchos casos, signos oligárquicos tan preocupantes como los defectos de la versión que dejamos atrás.

En todo caso, y puestos a la tarea de redefinir en clave de presente el sistema actual de poderes, el nuevo Montesquieu tendrá que buscarle encaje a ciertas piezas que cada vez nos son más conocidas, pero de las que no tenemos claro cómo podemos engarzarlas en un conjunto que resulte esclarecedor. Por venir a esas obviedades que al principio anunciaba, crucial ha pasado a ser, por ejemplo, en nuestros días el papel de los jueces (jese «poder neutro» del que hablaba Montesquieu!) y, sobre todo, el del Tribunal Constitucional. Ellos cumplen ahora, a la postre, la verdadera función de control que opera en el sistema y casi lo legitima, un cometido en alza que hace que la crisis de otros controladores preocupe menos a muchos, entre los cuales desde luego yo no me cuento. La relevancia de los partidos reclama, asimismo, para éstos una reconsideración de su lugar dentro del modelo, sin que baste a tal fin la sola afirmación —estrictamente politológica, mientras se reduzca a dicho tenor— de que el Estado actual es un Estado partitocrático. Algo más tendrá que decir el Derecho. Y no estoy pensando en que el mismo los someta a una ortopédica y encorsetada regulación, sino en que clarifique mejor su ámbito de actuación, sus relaciones con los ciudadanos y con las instituciones del Estado y, por supuesto, sus responsabilidades. Muy conectado a ello, en fin, he mantenido siempre (y he vuelto a hacerlo en un trabajo que aparecerá uno de estos días en el cual intento trazar algunas sugerencias para renovar la función de control encomendada a los Parlamentos) que una de las deudas pendientes del constitucionalismo actual con la realidad a la que va referido es la que éste mantiene con las minorías que forman la oposición al Gobierno. Mi tesis

es que esa deuda sólo podrá cancelarla la definición de un efectivo estatuto constitucional a favor de dichas minorías dirigido a identificarlas al fin como «poder del Estado» o, para ser más exactos, como el único contra-poder que opera dentro del Estado actual y que, en consecuencia, merece la habilitación de específicas potestades supraleales orientadas al eficaz cumplimiento de su cardinal cometido. Algo que va, desde luego, mucho más allá de las superficiales previsiones incluidas hasta hoy en algunos –pocos– textos constitucionales, como el art 120 de la vieja Constitución de Baden, de 1947, el art 23 de la Constitución actual de Hamburgo o el art 117.2 de la vigente Constitución portuguesa.

Pero hablar de esto es ya hablar del futuro y no podemos –ni debemos– ir mucho más allá. Dejemos algo para ese Montesquieu de mañana, que harto trabajo tiene con intentar emular al genial autor de 1748.

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ciertamente, la consolidación de un sistema parlamentario dotado de un Ejecutivo extraordinariamente reforzado, así como el relevante papel de los partidos políticos, obligan a una reconsideración del significado del principio de división de poderes en nuestro ordenamiento constitucional, al menos en lo que se refiere a las relaciones entre poder ejecutivo y poder legislativo. Así y todo, no dejan de plantearse dudas sobre la conveniencia de adoptar aquellas soluciones que proponen la vuelta a un (¿imaginario?) pasado caracterizado por el papel predominante del poder legislativo. Por un lado, el protagonismo de los partidos –que, cada vez más, se configuran como grandes organizaciones que aspiran a la mayoría absoluta parlamentaria– difícilmente hará posible configurar al Parlamento como un centro autónomo de poder, que «equilibre» el peso del Ejecutivo, configurado como el comité directivo de la mayoría parlamentaria. Por otra, las características de la sociedad española, (o, mejor dicho, europea) actual, que exige una capacidad de gestión continua e inmediata por parte de los poderes públicos, impiden prever, con cierta razonabilidad, el aumento del peso específico de una institución, como la parlamentaria, cuya composición y procedimientos le condenan a una actividad forzosamente lenta, y con reducida capacidad de reacción inmediata.

Desde esta perspectiva, un enfoque basado en un principio de potenciación del poder legislativo como técnica de equilibrio no parece especialmente fructífera, al menos en el marco constitucional actual. Más provechoso pudiera ser –al menos en una primera aproximación– un enfoque que parte de otro principio, expresamente consagrado en la Constitución, y que ha sido objeto de menor atención –con algunas excepciones– en los últimos tiempos: me refiero al principio democrático.

Por una serie de factores que serían de difícil tratamiento en estas líneas, la expresión constitucional «Estado social y democrático de Derecho» ha atraído la atención de los especialistas preferentemente en sus dimensiones relativas al «Estado social» y, sobre todo, al «Estado de Derecho», mientras que el significado del

concepto de «Estado democrático» ha sido objeto de un tratamiento más restringido. Y, sin embargo, es posible que la perspectiva del Estado democrático pueda suponer un avance en el conocimiento y comprensión de lo que hoy es y debe ser la separación de poderes. La democracia como justificación última de la legitimación de los gobernantes (incluso por encima de la condición autoproclamada por éstos de ejecutores del Derecho) implica una reconsideración del papel de cada uno de los órganos del Estado, y del mismo papel de la Constitución, en relación con su vinculación a la voluntad popular. Como ejemplo de esta necesaria reconsideración pueden proponerse diversos temas:

1. ¿Cómo compatibilizar la supremacía de la Constitución, expresión de la voluntad del «poder constituyente» (por fuerza, voluntad popular) con el principio democrático, que implica la vigencia de la voluntad actual del pueblo? Si se excluye que el pueblo pueda tener dos voluntades contradictorias (la constituyente y la constituida) la justificación de la supremacía constitucional ha de buscarse más allá de una imposible superioridad del poder constituyente. Cabe imaginar las eventuales consecuencias de una reflexión de ese tipo sobre el alcance «correcto» de la jurisdicción constitucional.

2. ¿Cómo compatibilizar el principio democrático con la innegable capacidad judicial de creación del Derecho, que es, incluso, reconocida en forma indirecta en el art. 161.1.a) C.E.? La separación de poderes (en cuanto garantía de funcionamiento recíprocamente independiente de éstos) no puede ser óbice para que todos ellos provengan de una justificación común, que no puede ser otra que la proclamada en el art. 1.2. C.E. Ahora bien, el sometimiento al imperio de la ley es sólo parte de la justificación del poder judicial, si éste lleva a cabo algo más que la aplicación de la ley. Las relaciones entre poder legislativo y poder judicial aparecen así bajo una nueva luz, en cuanto que (como en la gran mayoría de los sistemas constitucionales) se perfila la necesidad de algún tipo de vínculo entre las dos instituciones.

La cuestión no es por tanto, en mi opinión, el análisis del «vaciamiento» o «sobrecarga» de los distintos poderes del Estado, sino la reconducción de sus funciones a las exigencias derivadas del respeto a la voluntad popular (expresada con todas las garantías) como última justificación del sistema constitucional.

ISIDRE MOLAS

El parlamentarismo ha sido un sistema político que ha gozado de una gran capacidad de adaptación a contextos y épocas diferentes y a sistemas sociales o económicos diversos. La flexibilidad de su regulación ha sido un factor fundamental para su permanencia y expansión. La colaboración de poderes ha ido siempre acompañada de un equilibrio entre los mismos, aunque la aparición de la democracia política significó una profunda alteración de la tradicional forma de establecer este equilibrio. El predominio de la voluntad popular implicó la prioridad del Parlamento, como única institución que condensa la representación popular, aunque la fuerza del Gobierno y de su Presidente no ha hecho más que cre-

cer a lo largo de los años de construcción del Estado Social. El parlamentarismo mayoritario, que ha gozado de una solidez y una larga estabilidad en el Reino Unido, ha obligado a replantear muchos de los recursos tradicionales para mantener este equilibrio, desde la consideración de la Oposición como una institución política hasta la consolidación de una sociedad liberal basada en el equilibrio entre poderes heterogéneos organizados política o socialmente.

Los grandes problemas del establecimiento de un control de los ciudadanos sobre los poderes de una sociedad, en el marco de una Constitución normativa rígida, exigiría plantearse cómo conseguir controles eficaces sobre una mayoría jurídicamente omnipotente en el marco establecido. Es decir, exigiría plantearse los problemas del control y la defensa de las minorías en un sistema democrático: el debate jurídico, y político, parece claro. Las experiencias actuales no son concluyentes, más bien resultan poco satisfactorias. Cuando el Gobierno y la mayoría parlamentaria aparecen unidas bajo una misma dirección ya no resulta posible remitirse al diálogo y equilibrio entre el Gobierno y el Parlamento, sino más bien debe perseguirse el diálogo y equilibrio entre la dirección de la mayoría parlamentario-gubernamental y la de la minoría parlamentaria, entre el Gobierno y la Oposición, lo que implica considerar a ésta como una institución política, de cuya capacidad de control político depende que pueda hablarse de división de poderes. El lugar del Tribunal Constitucional cobra así un mayor calado y el peligro de la búsqueda de la politización del Poder Judicial surge como una tentación ante la ausencia de controles políticos eficaces. Repensar la división de poderes constituye una de las exigencias para un correcto funcionamiento del sistema parlamentario.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Y cincuenta años después de la Declaración Universal de Derechos, ¿cuál es la situación de los derechos fundamentales? ¿Qué peligros fundamentales amenazan su efectividad y cómo puede enfrentarlos la doctrina?

MANUEL ARAGÓN

Hoy es, probablemente, el campo donde el Estado constitucional ha progresado más. En los países civilizados, esto es, en los que, como la España actual, la democracia está jurídicamente garantizada, los derechos fundamentales se encuentran tutelados, sin duda alguna. No se trata sólo de que sean protegidos, efectivamente, por los jueces, que ello es una realidad (aunque no perfecta, como es obvio, y como después diremos), sino de que incluso en algunos sistemas, como el nuestro y algún otro, están protegidos por el propio Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Como no hay Constitución sin derechos funda-

mentales, la vigencia auténtica de los derechos es la verdadera prueba de que el Estado constitucional es una realidad y no una ficción.

Ahora bien, esa situación de generalizada efectividad de los derechos en los ordenamientos del Estado constitucional democrático, no impide señalar algunas deficiencias sobre la materia de menor o mayor gravedad. Al margen de que aún existan, y España no está al margen de ello, situaciones de precario disfrute de derechos individuales como consecuencia de la desigualdad social (desde el derecho a una vivienda digna hasta el derecho al trabajo), creo que el mayor problema que hoy puede detectarse en materia de derechos fundamentales es, de un lado, el defectuoso funcionamiento de los juzgados y tribunales por la excesiva acumulación de trabajo, que hace difícil la vigencia para todas las personas del derecho a la tutela judicial efectiva y más concretamente aún del mero derecho de acceso a la justicia. El problema es que no se trata sólo de que un derecho (el de la tutela judicial) tenga una cierta dosis de precariedad, es que cuando ese derecho falla pueden quedar en precario todos los demás.

No obstante es otro problema relativo a los derechos el que me parece de mayor entidad, y es el de la debilidad de los instrumentos de protección de ciertos derechos colectivos, especialmente del derecho a un medio ambiente digno, derecho que no constituye sólo una muy especial modalidad del derecho individual a la salud, sino también y sobre todo una expresión del derecho a la salud de la humanidad en su conjunto. Es probable que en los países no constitucionales el principal problema que allí tienen los derechos fundamentales sea el de su misma inexistencia, y que el fundamentalismo ideológico, étnico, religioso o cultural esté causando más desgracias (guerras civiles, brutal discriminación de sexos, hambre, persecución y muerte) en un sólo país (no digamos en el conjunto de esos países) que la suma de todas las concretas y esporádicas violaciones de derechos individuales o colectivos en todos los países que gozan de una democracia constitucional. Sin embargo, si nos atenemos a la situación del protección de los derechos en los Estados que si los tienen garantizados, me parece, como antes decía, que el mayor problema, pensando en el futuro, es el de la actual precariedad no de los derechos de las personas a vivir una existencia digna (en buena medida asegurados) sino del derecho de la humanidad a sobrevivir en un planeta no envenenado.

Ante estos problemas, creo que la única forma que tiene la doctrina constitucional de contribuir a su solución es, de un lado, ejercitando la crítica ante las deficiencias de protección que puedan darse y, de otra, proponiendo instrumentos técnicos de tutela que no pueden consistir sólo en las vías clásicas de la reclamación individual ante los tribunales de justicia. De todos modos, el problema es de la suficiente envergadura como para impedir que puedan ofrecerse soluciones arbitristas, simples y escasamente meditadas. Quizás lo que corresponde a la doctrina es ponerse, colectivamente, a pensar en serio sobre estos problemas, abriendo un amplio debate intelectual y apelando a las fuerzas políticas, económicas y sociales para intentar buscar remedios. Aquí, como en todo, el Derecho no puede por sí mismo dar soluciones, sino sólo ayudar a buscarlas y a ponerlas en práctica.

CARLOS DE CABO

De manera sucinta creo que la respuesta a esta pregunta debe tener en cuenta las observaciones siguientes:

a) Inicialmente hay que separar obviamente lo que desde la terminología clásica pero vigente se llaman los países del Centro y de la Periferia. Es una evidencia que no requiere más referencias que la Declaración Universal de Derechos, lejos de tener esa universalización está en permanente regresión en cuanto no sólo está aumentando la distancia que separa los países del centro y de la periferia sino que se potencia su respectiva posición funcional en ese modelo de dominación periférico-mundial. En este sentido el fracaso del capitalismo no tiene comparación con ningún otro sistema social; y en estos supuestos el constitucionalismo ha cumplido una triste misión: no sólo no ha alcanzado el carácter normativo sino que con frecuencia ha servido y sirve para legitimar y homologar situaciones respecto de las cuales a veces, partiendo de sistemas europeos, los constitucionalistas hacen sencillamente «constitucionalismo comparado».

b) Respecto de los países del Centro, los de la constitución normativa, la cuestión de los derechos y su protección ha sido probablemente una de las que ha alcanzado mayor desarrollo hasta el punto de que en cierta medida el constitucionalismo actual se define como el constitucionalismo de los derechos. Cabe no obstante añadir algunas consideraciones.

La Crisis del Estado social ha puesto de manifiesto de manera cada vez más precisa el límite de los Derechos fundamentales y la pérdida progresiva de vigencia de los Derechos sociales sin que ninguno de los mecanismos ensayados por la Doctrina constitucional (el «mínimo constitucional», la irreversibilidad, la especificidad en la materia de la inconstitucionalidad por omisión, la aplicación de la garantía institucional, la constitucionalidad de prioridades en el gasto público, su consideración como «núcleo no decidible por la democracia política», la directa inconstitucionalidad de leyes y políticas económicas, etc.) haya obtenido resultados; ocurre, en consecuencia que la persistencia y agudización de necesidades sociales insatisfechas provoca el planteamiento –cada vez más inorgánico ante la ineficacia de los cauces institucionales, sindicales, etc.– de demandas para las que no se tiene respuesta; y entonces la respuesta suele ser la represiva, de manera que la crisis de los Derechos sociales se convierte con frecuencia en represión de los derechos individuales para ciertos sectores, mostrándose así lo gratuito de la separación entre derechos fundamentales y derechos sociales.

En todo caso, los derechos fundamentales se siguen concibiendo como una conquista sólo frente al Estado. El Estado se sigue entendiendo como el único enemigo y todo garantismo se articula para ejercerse de manera prácticamente exclusiva frente a él. La sociedad civil aparece libre de toda responsabilidad y parece como si el mundo de lo privado, de los poderes privados, fuera incapaz de hacer peligrar el libre disfrute de los derechos por todos los hombres. La dificultad con

la que se abren camino instituciones como la *Drittwirkung*, aún dentro de sus planteamientos más moderados, lo pone claramente de manifiesto.

Por otra parte se registra hoy un hecho singular. Ocurre que, efectivamente y como se señalaba al principio, los derechos y libertades son hoy un clamor indiscutido, lo que es obviamente un evidente progreso. Pero sorprende ya la especial sensibilidad y la defensa sin concesión alguna y la beligerancia por ampliar permanentemente su alcance por parte de sectores que no se distinguen precisamente por el radicalismo con que defienden otros valores constitucionales. Resumiendo esta temática indudablemente compleja y delicada, se trata de ampliar el ámbito material de los derechos y, por tanto, su protección a un nivel tal que cuando se refiera al ámbito de la propiedad de la empresa, del mercado, etc., se convierta en imposible todo intento de transformación social. Los derechos fundamentales se convierten así en una garantía no ya de las personas sino del sistema. Si se tiene en cuenta, además, que en este ámbito justamente son grupos, corporaciones, etc., y no propiamente personas los que son realmente los sujetos de los derechos, se puede tener una idea más aproximada del desarrollo de lo que puede llamarse con cierto fundamento la «ideología de los derechos fundamentales».

Y tanto este hecho como el anterior, son manifestaciones de lo que parece un claro neoliberalismo jurídico.

Por eso creo que podría intentarse la superación del mero «sujeto individual» como elemento prácticamente excluyente; la idea de subjetividad procede del Derecho privado como tantas otras categorías, y desde ellas se ha edificado el Derecho público cuando realmente entre las características de este Derecho público y mucho más coherente con sus postulados básicos está la idea de objetividad. Trasladar ésta a diferentes ámbitos de lo público es una de las tareas a realizar y entre ellas sustituir en el ámbito de los derechos sociales la caracterización personal del sujeto (lo que implica la utilización del derecho social como instrumento de disciplina al obligar a conductas cada vez más exigentes para tener acceso a él) por la objetiva de la condición o circunstancia que aparte de servir a otros valores supone también superar el nivel puramente asistencial para convertirlo en un verdadero derecho.

JORGE DE ESTEBAN

Sin duda la Declaración Universal de Derechos, a los cincuenta años de su proclamación, sigue constituyendo un punto de referencia esencial para valorar la realidad de los mismos.

Es cierto que se han dado pasos de gigante en este sentido, pero desgraciadamente siguen violándose todavía en el mundo los más elementales derechos de las personas. Recientemente *Amnistía internacional* ha señalado así que en 141 países, incluido el nuestro, siguen violándose derechos fundamentales de las personas. Estamos todavía muy lejos de que la Carta de Derechos se convierta en realidad y no sea un mero papel mojado. El papel de la doctrina debe consistir evidentemente no sólo en denunciar dichas violaciones cuando las haya, sino

también en buscar los mecanismos jurídicos, aparte de los políticos que correspondan a otras esferas, que sean más apropiados para conseguir el objetivo de su respeto y garantía.

Ahora bien, la mejor manera de luchar contra las violaciones de los derechos fundamentales, desde una perspectiva general, pasaría sin duda por la erradicación de las causas que las originan. Entre todas las posibles, destaco cuatro principales. En primer lugar, el subdesarrollo que afecta todavía a la mayor parte de la humanidad que, por supuesto, es de origen económico, pero también cultural. Mientras que haya pobreza y analfabetismo en el mundo se seguirán violando los derechos fundamentales y, especialmente, los de las personas más débiles como los niños o las mujeres. En segundo lugar, la intolerancia es una fuente común de infracción de los derechos humanos, intolerancia que puede proceder de los gobernantes, pero que también deriva de la propia sociedad. Son especialmente sensibles a esta desprotección los grupos marginales de origen étnico, lingüístico, sexual, religioso, etc. En tercer lugar, los abusos del poder en aquellos países en que existe una evidente concentración del mismo en manos de una persona, de un partido, de una religión o de un grupo, constituyen también el origen de la inexistencia de los derechos fundamentales.

Todas estas causas son suficientemente conocidas y no creo que sea necesario profundizar más, pero en cambio sí quisiera destacar, en cuarto lugar, una grave amenaza que está surgiendo para los derechos fundamentales y que se refiere a las consecuencias de la innovación tecnológica. De forma paradójica, los avances y progresos en la ciencia y en la tecnología, en lugar de servir para la mejor realización del hombre y el pleno respeto a su dignidad, podrían utilizarse para la destrucción de muchas conquistas en los derechos fundamentales. La tecnología, al servicio de un poder despótico y no controlado, nos llevaría a una situación parecida a la descrita por George Orwell en sus novelas de ficción. Empiezo a dudar de que el derecho a la intimidad, por ejemplo, reconocido en casi todas las Constituciones, tenga hoy una vigencia real: la informática y la manipulación de datos personales, la videovigilancia, cada vez más extendida, los micrófonos y audiofonía a distancia, incluso permitidos en algunos casos, como se acaba de aprobar en Alemania, etc., son peligros que se ciernen cada vez más sobre los ciudadanos de forma pavorosa.

Ciertamente, la doctrina puede afrontar estas amenazas mediante su denuncia y la propuesta de fórmulas jurídicas destinadas a su control. Es posible también la creación de órganos internacionales, como la propuesta de un Tribunal Penal Internacional que se acaba de formular en Roma. Y es necesario, por último, defender y garantizar la creación y subsistencia de medios de comunicación de masas independientes de todo poder político o económico, a fin de que puedan denunciar y hacer públicos todos los actos que infrinjan la Declaración Universal.

En definitiva, y para acabar, creo que las relaciones entre el Derecho Público y los constitucionalistas –lo que constituye sin duda el *leitmotiv* de esta acertada encuesta– deben estar presididas por la idea de que el empleo de la dogmática jurídica por éstos en la exégesis de la Constitución, no puede considerarse un fin en sí mismo. Por el contrario, el método jurídico, a diferencia de lo que ocurra

con otros especialistas del Derecho Público, solamente se puede justificar si se emplea y se dirige para garantizar los derechos humanos, para profundizar la democracia y para limitar los abusos del poder. De no ser así, más vale cantar baladas en el desierto.

ÁNGEL GARRORENA

Puesto que el Derecho Constitucional de nuestros días se caracteriza por ser un Derecho garantista, es lógico que su mayor atención haya ido dirigida a abrir el ámbito de cobertura y a perfeccionar las técnicas de protección de los derechos fundamentales. Como consecuencia de ello, la doctrina también ha volcado su esfuerzo sobre dicho objeto; de ahí que el estado de la dogmática jurídico-pública sobre el tema sea, a esta altura de los tiempos, aceptable e incluso cabría decir que bastante satisfactorio. Sin embargo, cuando hablamos de un objeto a la vez tan frágil y tan arduo de asir como es la libertad, resulta difícil que no crezcan a su alrededor riesgos que lo amenacen o que –por estimable que sea lo conseguido– no quepa llegar a la conclusión de que es bastante el camino que todavía queda por recorrer. En el caso español, nada diferente en este punto a tantos otros, tenemos motivos para pensar que ambos aspectos de la cuestión –riesgos circundantes, por un lado; logros pendientes, por otro– hacen todavía del tema de los derechos fundamentales una materia necesitada de constante reflexión doctrinal. Con todo, no es éste el lugar adecuado para hacerla, y por eso me limitaré a dejar tan sólo constancia de un desordenado catálogo de preocupaciones, todas ellas conectadas de algún modo con el objeto que nos ocupa. No haré además otra cosa que enunciarlas, pues temo que ya resultan demasiado extensas mis contestaciones a este cuestionario.

En el terreno de la protección de los derechos garantizados a los ciudadanos por la norma constitucional, dos aspectos creo que reclaman atención y medidas correctoras. Uno de ellos, es el retraso con que se está administrando justicia en esta zona, pese a las protestas de sumariedad que hacen la Constitución y las leyes; no cabe decir que poseemos un sistema bastante avanzado de libertades si después su garantía se produce cuando el ciudadano casi ha olvidado los hechos. El otro aspecto tienen que ver, como el lector sin duda imagina, con la necesidad de encontrar por fin una regulación que logre dejar atrás las dificultades padecidas, prácticamente desde sus inicios, por el recurso de amparo. No es posible entrar ahora en cuáles serían las mejores fórmulas para alcanzar ese resultado, pero es claro que la solución que haya de adoptarse no debería dilatarse por más tiempo.

En otro orden de cosas, me inquietan también, y mucho, determinadas mutaciones advertibles en la sensibilidad social que, al menos a mi juicio, inciden negativamente en la efectividad de algunos de nuestros derechos más básicos. Si se me permite aclarar lo que digo por vía de anécdota, me referiré, por ejemplo, a la degradación del concepto de intimidad que se aprecia en nuestros días y en nuestra cultura; y no aludo al manido tema de la invasión o no invasión de la intimidad de los llamados personajes públicos por la prensa especializada, sino al

hecho, realmente insólito en otros tiempos, de que hoy determinadas personas de esas que consideramos comunes encuentren normal contarle a otros cientos de miles de personas –siempre a través de un transmisor de radio o de un televisor– sus prácticas más privadas, sus desavenencias con terceros o sus frustraciones más personales. Nada tengo que decir en contra de que cada uno haga con su intimidad lo que quiera ¿Pero de verdad no padece el concepto de intimidad que después han de manejar los operadores jurídicos con tales hábitos exhibicionistas? Y no pretendo que el Derecho frene estas tendencias ni estoy a punto de proponer medida alguna de censura sobre dichos medios de comunicación. Nada más lejos de eso. A donde quiero ir a parar es a la evidencia de que si esa exhibición se ha convertido en espectáculo es tan sólo porque la misma es negocio –y muy suculento negocio– para algunos; de donde me parece que nuestra cultura constitucional debería estar muy atenta (ahora elevo la anécdota a categoría, porque el ejemplo sería trasladable a muchas otras sedes) a la frecuencia con que el mencionado valor «libertad de negocio» prevalece sobre otros bienes preciosísimos para los demás derechos fundamentales, de cuya pérdida sólo con mucho esfuerzo se regresa después.

En fin, sin tiempo para más, dejo tan sólo constancia del mal momento por el que, a mi juicio, pasan hoy los derechos de contenido social. Y no entro en el carácter, condición o consistencia de ciertas prestaciones sociales a cargo del Estado. Más allá de ellas, la eficacia de los derechos a los que ahora me refiero pende sobre todo del enraizamiento de una específica mentalidad; y es ésta la que creo que no se encuentra en su mejor coyuntura.

LUIS LÓPEZ GUERRA

En mi opinión, el análisis de la situación de los derechos fundamentales en nuestro país debe partir de una constatación inicial: la de que nos hallamos en una democracia consolidada y donde –con todos los matices que son del caso– los poderes públicos derivan de la voluntad popular y se encuentran legitimados en virtud del principio democrático. Y ello introduce una radical novedad respecto de los análisis clásicos (y aún muy extendidos) de los derechos fundamentales.

En la gran mayoría de los casos (al menos en los más destacados para la opinión pública) la atención relativa al respeto de los derechos y libertades fundamentales se dirige hacia regímenes dictatoriales, regidos por una minoría carente de legitimidad democrática. En este tipo de regímenes la represión generalizada de los derechos humanos (ahora no es necesario distinguir entre «derechos humanos» y «derechos fundamentales») es un elemento clave del sistema, en cuanto impide a la mayoría manifestar su voluntad. Por ello, la lucha por los derechos humanos es inseparable de la lucha por la democracia y de su expresión lógica, el gobierno de la mayoría en un marco constitucional.

En un régimen democrático, como es el español actual, la situación es muy distinta. La convivencia política se basa en un consenso ampliamente generalizado, y los poderes públicos –singularmente el ejecutivo y el legislativo– son ema-

nación de la voluntad popular, y reflejan, en su actividad, el predominio de la mayoría del momento. Por ello, no existe una necesidad «sistémica» de privación a los ciudadanos de sus derechos y libertades fundamentales. Ciertamente, pueden producirse casos, más o menos extendidos, de violación de esos derechos, pero ello no responderá a una exigencia irremediable del sistema político.

El problema aparece por otro lado. Los derechos de la mayoría, y, aún más allá, los derechos de todos aquellos que se encuentran integrados en el consenso social-cultural-político base de una sociedad democrática, no se encuentran amenazados en forma general. Pero, en forma cada vez más acusada, es evidente en nuestra sociedad la presencia de grupos que, por un motivo u otro, se encuentran excluidos de ese consenso; grupos que se caracterizan por su carácter minoritario (aún cuando en términos absolutos, el número de sus miembros puede ser elevado), su precariedad vital, y su exclusión o marginación respecto de las corrientes sociales, culturales y políticas dominantes en la comunidad. Se trata de colectivos, pues, no sólo minoritarios, sino también política y económicamente débiles. El caso de los inmigrantes es claramente ejemplificativo: no es difícil encontrar casos similares, definidos por características de salud, adicción a drogas, religiosos y otros.

No es infrecuente que los componentes de estos grupos se encuentren sometidos a discriminaciones, vejaciones, y, en general, a tratamientos claramente contrarios a sus derechos fundamentales, sin que, por razones jurídicas (caso de los inmigrantes) o sociales (falta de medios, rechazo o indiferencia por parte de las formaciones o sectores mayoritarios) puedan defenderse adecuadamente; su débil posición social les impide disponer de organizaciones o instrumentos de defensa. Incluso, no es infrecuente que amplios sectores de la opinión se manifiesten abiertamente contra todo intento de mejorar la situación de estos grupos.

A lo que esto está llevando es a que la defensa de los derechos, y de la misma dignidad humana de estos colectivos se vaya convirtiendo, no sólo en la defensa de los derechos de una minoría, sino (sobre todo cuando esa defensa cuesta dinero) en una defensa contra la opinión de la mayoría, defensa poco rentable en términos político-periodísticos. El rechazo social (y además ruidoso) a medidas tendentes a la inserción social de colectivos marginados (gitanos), a la creación de centros de rehabilitación (toxicómanos) o a la educación de hijos de extranjeros inmigrantes, convierten en ocasiones en políticamente poco rentable, en España y otros países, la protección de los derechos básicos (que estos casos incluyen la «procura existencial») de estos sectores. Y sin embargo esa protección es imprescindible, y deben introducirse medios jurídicos suficientes para ello, si se quiere evitar la ya sensible creación de una sociedad dualista, en que una parte de la población viva al margen de la comunidad política.

ISIDRE MOLAS

La Declaración Universal de Derechos Humanos constituye el resumen moderno de las Declaraciones de Derechos tradicionales y debe ser entendido como canon para medir los sistemas positivos de derechos fundamentales en la vía de

alcanzar una organización jurídica de la igual libertad inherente a la dignidad de la persona humana. Constituye, por tanto, un hito capital en el asentamiento de un sistema constitucional. El constitucionalismo, como técnica de la libertad, debe entenderse necesariamente como un proceso de liberación personal y de reducción de las desigualdades. En este sentido el campo de los derechos fundamentales es un terreno abierto, en expansión. A nuevas formas de dominación se le oponen nuevos derechos, sean sociales o de liberación.

En esta vía los derechos de la persona, individuales o colectivos, se sitúan en aquel lugar destacado donde se articulan las relaciones entre Sociedad y Estado, pero constituyen también el marco indispensable que hace posible alcanzar la igualdad de las condiciones personales de vida para poder ser diferentes. Hasta donde se me alcanza y hablando en general, los principales peligros pueden provenir de la existencia de sistemas políticos que los desconozcan, de la ausencia de condiciones materiales para hacerlos efectivos, como resultado de una organización social injusta, y de la falta de garantías jurídicas. Entre nosotros en concreto, creo que debemos estar atentos a que el ejercicio de los derechos sea real y efectivo y a que la colisión entre derechos distintos no conlleve una ponderación que conduzca al sacrificio de los sujetos más débiles. Al fin y al cabo los derechos y libertades han surgido y se mantienen como conquistas de los más débiles frente al poder, que deben ser protegidos y garantizados por el poder político mediante el Derecho.