

DANILO CASTELLANO

CONSTITUCIÓN
Y CONSTITUCIONALISMO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO	43
CAPÍTULO II. CONSTITUCIÓN Y PODER CONSTITUYENTE.....	55
CAPÍTULO III. CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA.....	87
CAPÍTULO IV. CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN	115
ÍNDICE ONOMÁSTICO	143

INTRODUCCIÓN

La invocación a la Constitución, considerada ancla de salvación y, en todo caso, criterio último de referencia de la vida civil¹, resulta hoy general. La Constitución, entendida como ley fundamental del Estado, representa —en otras palabras— para los más la cátedra suprema de verdad y el cofre de los valores a que recurrir y referirse en las incertidumbres jurídicas y políticas de cada día, así como a veces, incluso, para la solución de los problemas morales. La Constitución no sólo es considerada un «valor», como escribe por ejemplo el constitucionalista español Miguel HERRERO

¹ No es casual, en efecto, que la Constitución federal americana, considerada actualmente «el» modelo constitucional, presente como su primer carácter el que algunos estudiosos llaman la *supremacy clause*. Supremacía que no se entiende de modo reductivo, esto es, como Ley de las leyes (ordinarias), en cuanto producida por la voluntad popular (como parece hacer, por ejemplo, aunque con alguna tímida apertura, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 53 y ss.). También las leyes ordinarias, según la doctrina democrática moderna, tienen como fuente la voluntad popular. La supremacía debe entenderse más bien como «modelo» absoluto, inderogable, irreformable, indisponible y, por tanto, que debe ser aplicado y exportado.

DE MIÑÓN², sino que se identifica más bien con la «fuente» y la «medida» de los mismos valores³. La doctrina del patriotismo constitucional, elaborada por la neo-Ilustración iusfilosófica contemporánea, compartida y propugnada por las teorías neoliberales y radicales, parece sellar el triunfo definitivo del positivismo jurídico. No quedaría nada por reclamar. Cualquier solicitud sería inútil y hasta inoportuna. No sólo por lo que toca a la Constitución en sí misma y su fundamento, sino también en lo afecta a sus *rationes* y a su función.

En efecto, se considera pacíficamente que la Constitución (y más en general el ordenamiento jurídico) sirve sobre todo para la *racionalización* de la vida política. La racionalización no supondría un problema, no plantearía cuestiones, al ser considerada un dato neutral. El procedimiento permite, así, las transiciones por vía reformista y, por ello, la racionalización misma como procedimiento sería un valor. Su mérito radicaría en ser instrumento para evitar la revolución en sí misma⁴. Lo importante es que ésta —si debe producirse— venga por vía

² Miguel HERRERO DE MIÑÓN titula, en efecto, uno de sus libros *El valor de la Constitución* (Barcelona, Crítica, 2003).

³ El constitucionalista italiano Mario BERTOLISSI considera, por ejemplo, que la Constitución es «una tabla de valores para nuestro futuro» (M. BERTOLISSI, *Un giorno dopo l'altro*, Napoli, Jovene, 2010, p. 148).

⁴ Sobre esta cuestión envió a un capítulo de mi libro *L'ordine della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 83-90, así como al volumen *La contrarrevolución legitimista (1688-1876)*, edición al cuidado de J. VERÍSSIMO SERRÃO y A. BULLÓN DE MENDOZA, Madrid, Editorial Complutense, 1995, pp. 35-41.

de reforma, esto es, no violenta. Es un problema que se tomará en consideración en el capítulo III de este trabajo. Esto presupone que el «salto» de un régimen a otro sea en último término indiferente. Tanto es así que la Constitución ha permitido (algunos entienden que incluso favorecido) el paso de un ordenamiento liberal (como el —al menos de hecho— del Reino de Italia de la segunda mitad del siglo XIX y los primerísimos años del XX) a un régimen totalitario (como el fascista) y de un régimen autoritario (como el de Franco) a otro democrático (como el del Reino de España de nuestros días). Aún más significativa, para lo que aquí nos interesa, ha sido el acceso al poder del partido nazi respetando los procedimientos previstos en la, a la sazón, Constitución alemana.

La racionalización, como garantía de transición pacífica, es ciertamente una característica de la Constitución como procedimiento, en la que KELSEN —como es sabido— individuó la esencia de la misma Constitución. Ésta, sin embargo, ofrece al poder, a cualquier poder, incluso al brutal, garantías que se definen como «jurídicas»; no ofrece, en cambio, en último término, garantías ni para «defenderse» del poder (como al inicio, al menos en el plano teórico, pretendía hacer el constitucionalismo) ni para reclamar y pretender que el ejercicio del poder se produzca respetando los criterios exigidos por la misma esencia del poder político, cuya regla es la justicia (como ha subrayado siempre la doctrina clásica de la política).

Se entiende, después, que la Constitución sea un instrumento irrenunciable para la convivencia y

para la integración. Lo que significa que la convivencia sería posible sólo sobre una base identitaria, que —como he sostenido en un trabajo mío precedente⁵— es, en cambio, absolutamente inidónea para legitimar la autoridad que requiere la convivencia. Puede —es verdad— favorecer la convivencia, porque facilita el respeto y el compartir las praxis de la vida colectiva. Entre el compartir algo y el obrar según criterios aceptados difundidamente y el legitimar el ejercicio del poder político, sin embargo, hay una diferencia abismal. Ningún compartir basta para legitimar el ejercicio del poder sobre otros. Prueba la afirmación el hecho de que el régimen nazi, que se compartía por la identidad colectiva alemana, no estaba legitimado porque no era legítimo en sí y por sí mismo. A veces el compartir no asume siquiera relevancia operativa. Es el caso, por ejemplo, de la patria potestad, que se ejercita legítimamente no porque sea conforme simplemente a las normas positivas o porque sea conforme a la voluntad del menor, sino porque es conforme con el bien natural del menor que es la regla para el mismo menor y para quien ejercita sobre él el poder de la patria potestad (y/o de la tutela). Las tesis de algunos comunitaristas contemporáneos (sobre todo norteamericanos, como por ejemplo TAYLOR) según las cuales porque «nosotros aquí lo hacemos así» todos los que vengan aquí «deben hacerlo así», resultan pretensiones arbitrarias (porque no están argumentadas ni fundadas) que conducen a entender no sólo que la praxis de la convivencia represente

⁵ Cfr. D. CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pp. 69-79.

el fundamento de la integración (la identidad más fuerte, en cuanto que tal, ofrecería el criterio para la integración), sino también a considerar legítima la doctrina del patriotismo constitucional sólo porque la Constitución sería compartida. ¿Cómo resolver en estos casos el problema de las minorías y del disenso? Es una cuestión nodal sobre todo para la democracia, que la democracia moderna no puede resolver, como se apuntará en las páginas de este trabajo.

La consideración y el elogio por muchos contemporáneos de la Constitución como valor nacen principalmente del hecho de que ésta no es ni una *Charta magna* (que —como la inglesa de 1215— no tiene, como tampoco tenía aquélla, un fundamento voluntarista) ni una Constitución otorgada (que sobrepondría a la voluntad de muchos, esto es, de los súbditos, la voluntad de uno, a saber el soberano). La Constitución como se ha ido configurando, aunque muy gradualmente, en el siglo xx, sería la Ley positiva fundamental del Estado como expresión de la voluntad popular. Resultaría —aunque sobre la base de una ficción— el producto del consenso de todos. Y, en cuanto tal, sería sobre todo la elaboración de un orden inmanente que pretende excluir toda referencia superior a la misma voluntad popular. Por tanto, se sostiene coherentemente que la Constitución contemporánea no es y no debe siquiera ser el producto del contrato social, porque el contrato correría el riesgo de ser (una vez concluido) una regla trascendente respecto de la voluntad de los asociados. Por esto se dice que las Constituciones contemporáneas, al contrario de las mo-

dernas, son Constituciones «pactadas», es decir, el resultado (*de facto* antes que *de iure*) de la unión de voluntades, más aún, de la voluntad. Lo que llevaría consigo, después, que la voluntad de las partes, es decir, la voluntad como su unión, es condición también para la modificación de la misma Constitución y hasta de su interpretación. Problema éste que bajo un cierto ángulo se considerará en el capítulo IV de este libro.

Desde ahora, sin embargo, pueden anticiparse algunas preguntas y algunas consideraciones. ¿No plantea, para empezar, la Constitución «pactada» el problema de su legitimidad? Si la voluntad que ésta acoge en sus normas debe ser el resultado, no de la individuación del derecho (Constitución política natural), ni del contrato social (Constitución como contenido del pacto social), sino del acuerdo siempre contingente y evolutivo (aunque tácitamente renovado entre los actores del perenne proceso constituyente), ¿sobre qué bases es posible imponer la Constitución a quien no ha participado (por ejemplo los todavía no nacidos o menores al tiempo en que la Constitución se aprobó) o a quien no pudo participar (ciudadanos privados de derechos políticos, por ejemplo) en este proceso? ¿No se trata de una voluntad heterónoma (no sólo trascendente, pues, sino hasta extraña), impuesta general y, en parte, arbitrariamente a una identidad colectiva? Desde otro punto de vista vuelve el problema de las minorías y de los disidentes a los que no se puede pedir compartir (no serían ni minorías ni disidentes) y respetar normas producidas solamente sobre la base del consenso voluntarista de los demás. La voluntad, en

efecto, no ofrece criterio alguno. Al hacerse, así, en este caso, imposible la comunicación, ¿no termina la relación entre sujetos y entre ciudadano y Estado por venir caracterizada con el poder solo, cuya naturaleza no cambia aunque se ejercite respetando los procedimientos?

Resultan por esto significativas y relevantes las definiciones de Constitución y las reflexiones sobre el poder constituyente que, desde sus elaboraciones originarias (a partir, pues, del abate de SIEYÈS), se presenta con pretensiones al menos virtualmente totalitarias, como se dirá dentro de poco.

El pluralismo como valor garantizado y, a veces, promovido por las Constituciones contemporáneas «pactadas» representa una novedad respecto de las Constituciones modernas. Éstas requerían la uniformidad. Eran Leyes fundamentales de un Estado «nacional», esto es, identitario en grado máximo. La nación era considerada *una* por historia, lengua, religión y hasta sangre (¿raza?) y sentimiento. Más aún que la «nación» como clase (burguesa), contaba —pues— la nación «física» y «cultural» a un tiempo. Siempre una y siempre única, diversa de todas las otras, así era la Nación que se hallaba en la base del Estado decimonónico y que decía lo legitimaba. Aun no habiéndose jamás aclarado si era la Nación la que hacía el Estado o si era éste quien plasmaba a aquélla, permanecía el dato doctrinal según el cual la Constitución representaba la puerta a través de la cual el derecho, el derecho público, entraba en el Estado, porque era el Estado. No es preciso incomodar a HEGEL para «leer» la experiencia constitucional del siglo XIX y

de principios del xx como experiencia de la sola soberanía del Estado, propia también de los Estados definidos liberal o liberal-democráticos. No había dudas sobre el hecho de que la Constitución era el Estado y el Estado la Constitución: el debate sobre el Estado constitucional y de derecho, desarrollado en la cultura jurídica y iusfilosófica germánica de la segunda mitad del xix y los primeros decenios del xx (bastaría considerar la doctrina iuspublicística elaborada y defendida por Georg JELLINEK), resulta a estos efectos bien significativo. No había dudas, por otra parte, ni siquiera sobre el hecho de que la Constitución viniese «aplicada», esto es, que ésta fuese la Ley fundamental que respetar por lo que las normas «decían» y prescribían: la norma, en efecto, era considerada prescripción jurídica en sí y por sí. No había dudas, finalmente, sobre el hecho de que la Constitución fuese o el pacto social único y por encima de toda voluntad, en el que todos y cada uno debían reconocerse hasta el punto de identificarse en él y con él, o la realidad ética identitaria colectiva. En uno y otro caso, todo ciudadano estaba obligado a pensar y a querer por normas. La doctrina del republicanismo, sea en la versión rousseauniana, sea en la kantiana, no toleraba diversidad ni excepciones. Tanto que el padre de la democracia moderna (ROUSSEAU) no tuvo reservas frente a los casos de violación reiterada y comprobada del pacto en sociedad: quien no mantiene la fe al contrato —escribe seguro y perentorio el ginebrino— debe sufrir la pena de muerte.

Las Constituciones contemporáneas «pactadas» se distancian de las modernas en primer lugar por

el acogimiento del pluralismo, entendido no como pluralidad de ordenamientos jurídicos que tienen como denominador común el derecho como determinación de la justicia, sino como pluralidad de derechos creados por el sistema o el ordenamiento jurídico positivo. Lo que significa que los derechos se hacen depender, en último término, de las «fuerzas» definidas como «políticas» que logran imponerse. El mismo derecho se deja, así, a merced del poder (de modo coherente según la doctrina politológica del Estado). En el fondo reside una sustancial *indiferencia* frente a la justicia. La indiferencia se convierte en positiva de cuando en cuando y permite tanto a las identidades internas al Estado como a los individuos el «darse» el derecho y/o las reglas que entienden preferibles para ellos: algunos, en efecto, sostienen que el «pueblo» se da el derecho; otros que las normas deben consentir a todos actuar según las opciones que quieren, esto es, autodeterminarse según su querer. Así, las «naciones» encuentran ciudadanía en el Estado y la Constitución se convierte en garantía de pluralismo jurídico identitario. El mismo «balance» de los derechos se convierte, de este modo, en «balance» de las fuerzas, ya que el derecho no existe en sí (o, mejor, existe sólo como sola y contingente efectividad, no como justicia acompañada, donde es necesario, de la efectividad). El balance se hace, por tanto, compromiso, es decir, mero equilibrio de poderes efectivos. En otras palabras, el compromiso se entiende razonable en cuanto tal, no sobre la base del reconocimiento de exigencias de justicia y de una razonable aplicación de las mismas en un contexto y en presencia de casos que requieren, para ser resueltos equitativamente,

consideración atenta de todos los aspectos auténticamente jurídicos. No. El compromiso es epifanía de una dirección que ha logrado imponerse y que, en cuanto tal, se ha auto-legitimado y que, en cuanto se ha auto-legitimado, está legitimado para servirse del Estado, de sus instituciones, de su aparato. El pluralismo así entendido lleva a la *manipulación* de la Constitución, también la que es fruto del contrato social y del poder constituyente formalmente ejercitado. La Constitución, en efecto, se entiende como un conjunto de normas «materialmente» constitucionales cuyas prescripciones deben ser de cuando en cuando «construidas». ¿Por quién? ¿Sobre qué bases? ¿Con qué criterios? Preguntas que es necesario responder.

En lo que hace al primer interrogante, la respuesta es simple: por quien ha logrado conquistar el poder. Un constitucionalista italiano, Gustavo ZAGREBELSKY, cuya doctrina será atentamente examinada en estas páginas explícita o implícitamente, escribe con claridad que los logros constitucionales históricamente concretos (esto es, efectivos) están determinados no por las normas constitucionales sino por las agregaciones y por los desplazamientos del pluralismo⁶. La única base en la que se apoyaría la legitimidad del ejercicio del poder a través del «derecho», comprendido el constitucional, sería el poder.

La segunda pregunta no admite otra respuesta. Pero es, sin embargo, la más irracional de las respuestas. Pues, en efecto, permitiría legitimar cual-

⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 10.

quier efectividad definida como «jurídica»: tanto el ordenamiento «jurídico» nazi como el juicio de Nuremberg. Los criterios, al ser elaborados libremente por el poder, son de por sí arbitrarios en cuanto puestos por el poder sin otra referencia que a sí mismo. El «compartir» —como ya se ha apuntado— no es suficiente, en efecto, para transformar la naturaleza del arbitrio. Por ello, incluso el Estado constitucional de derecho, entendido como Estado procedimental, esto es, en el que se respetan los procedimientos puestos arbitrariamente, es un Estado absoluto, ya que la norma puede violar el derecho. Lo demuestra ampliamente la experiencia política y jurídica contemporánea.

El pluralismo, entendido del modo ya anotado, lleva consigo una revisión formal de la definición de soberanía propia de la modernidad político-jurídica «fuerte», pero no sustancial. Invierte la relación Estado/ciudadano (como se verá en las páginas que siguen) pero no sale de la soberanía misma, más aún, la implica. La diferencia respecto a la modernidad político-jurídica «fuerte» radica en el hecho de que hace más difícil el gobierno. La tiranía de la modernidad «fuerte» y la anarquía de la modernidad «débil» son las características que, en último análisis, presentan las dos *Weltanschauungen*. Es cuanto surge también de la descripción de los cambios constitucional-positivistas recientes hecha por algunos constitucionalistas contemporáneos que, además, renuncian a indagar y a profundizar las causas de mismo⁷.

⁷ Es ejemplar a este respecto el trabajo de G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1998, en el que el autor describe la evolución de los ordenamientos constitucionales