

## REFLEXIONES EN TORNO Y DENTRO DEL CONCEPTO DE CONSTITUCION. LA CONSTITUCION COMO NORMA Y COMO INTEGRACION POLITICA (\*)

Por PABLO LUCAS VERDÚ

### SUMARIO

I. PRELIMINAR.—II. DESUSTANCIALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. EL PASO DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL MUNDO ANTIGUO A LA DEL ESTADO MODERNO: 1. *¿Actualidad de la teoría constitucional aristotélica?* 2. *Concepto aristotélico de Constitución.* 3. *Inicios desustancializadores del concepto de Constitución. Marco Tulio Cicerón.* 4. *Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen.*—III. NORMATIVIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DESUSTANCIALIZACIÓN DE LA MISMA: 1. *La Constitución como forma fundamental.* 2. *De Sieyès a Kelsen.* 3. *Réplica de Schmitt y Heller. Otros autores.* 4. *La Constitución es más que una norma. El plus de la Constitución.* 5. *Concepto de norma constitucional. «Invasión» del Derecho administrativo.* 6. *La Constitución como integración.*—IV. CONCLUSIÓN.

### I. PRELIMINAR

En principio, me parece necesario decir algo sobre el título de este escrito.

Afirmo que son unas *reflexiones*. ¿Qué quiero decir con esto? Veamos.

Durante mucho tiempo, el concepto de Constitución se dio como sobreentendido, ajustándose al modelo inserto en el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. La afirmación de este precepto inspiró al liberalismo y la precisó Kant al hablar de la necesidad de una *Constitución republicana* para asegurar la paz perpetua. No obstante, la doctrina constitucional apenas profundizó el sentido de la Constitución. Se limitó a ofrecer definiciones —más bien descripciones convencionales— sobre la misma.

---

(\*) Conferencia pronunciada en el Curso de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, Curso dirigido por el doctor MIGUEL HERRERO R. DE MINÓN.

Precisamente será, en 1928, cuando Carl Schmitt y Rudolf Smend, enfrentándose con las posiciones logicistas y normativistas de Kelsen, reflexionarán profundamente sobre el sentido, función y finalidad de la Constitución. Reiteradas veces he insistido sobre la coincidencia —no causal— de la aparición de reflexiones profundas y certeras sobre el sentido de la Constitución en su crisis.

Ferrater Mora (1), refiriéndose a las posiciones de Hegel y de Husserl, nos dice que la «... reflexión surge cuando una apariencia queda como enajenada de su propia inmediatez.

En vez de la pura inmediatez de la cosa, se dan en la reflexión relaciones no inmediatas».

La reflexión ofrece algo diferente de lo que transparece inmediatamente de la cosa. Ahora bien, ese algo al relacionar y fundamentar, la cosa, es la esencia. Así pues, la doctrina de la reflexión arranca de la doctrina de la esencia.

Husserl intentó concebir la reflexión como conjunto de actos, que evidencian las vivencias. Para él, la reflexión no es mera percepción psicológica interna, sino una operación que incluye la aprehensión inmanente de la esencia.

Ya tenemos una pista para aclarar nuestro propósito: reflexionar sobre el concepto *en torno y dentro* de la Constitución. Conviene añadir algo más.

La reflexión retorna sobre nuestras noticias, datos, concepciones, argumentaciones acerca de la Constitución y, naturalmente, sobre las expuestas, recogidas y transmitidas por los demás. Volvemos sobre ellas: admitimos unas, matizamos otras, rechazamos las que no nos convencen o interesan. Al hacerlo así contrastamos nuestras opiniones con quienes se ocupan del mismo asunto.

Todo ello sirve para comprobar si nuestra argumentación es acertada o no. La crítica ajena puede obligarnos a rectificar o, si no la consideramos pertinente, a apartarla.

El primero que se refirió a la *esencia* de la Constitución fue F. Lassalle. Así tituló su famosa conferencia.

Puesto que la Constitución y el Derecho constitucional son realidades históricas: surgieron, se desarrollaron y llegan a nuestro tiempo, la reflexión no puede ser atemporal, abstracta, sino encuadrada en nuestras circunstancias de tiempo y lugar. Mis reflexiones no deben ser apartadas de la realidad histórico-social.

Queda, por último, explicar los términos *en torno y dentro* de la Constitución. Esto lo aclaré cuando expuse hace poco en otro escrito lo que entiendo por concepto *de* Constitución; concepto *sobre* la Constitución y concepto de Constitución *en* la Constitución.

---

(1) J. FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía abreviado* (texto preparado por EDUARDO GARCÍA BELSUNCE y EZEQUIEL DE OLASO), Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1970, pág. 365.

II. DESUSTANCIALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCION.  
EL PASO DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL MUNDO ANTIGUO  
A LA DEL ESTADO MODERNO

1. *¿Actualidad de la teoría constitucional aristotélica?*

Alguno podría sorprenderse que me refiera a la Antigüedad clásica al exponer un tema sobre el concepto de Constitución. Afirmarían que se trata de una mera discusión erudita. Además, el concepto de Constitución actual no coincide con el mantenido por los clásicos grecorromanos.

No es así. No sólo porque las raíces de la teoría constitucional arrancan, como veremos, de Aristóteles. Además, porque después de él, en Cicerón, se incoa tímidamente una *desustancialización* del concepto de Constitución. Ello se comprueba también en el liberalismo tardío y se corrobora en la doctrina y en los textos constitucionales posteriores.

Sin duda puede considerarse a Aristóteles como el primer autor de una Teoría de la Constitución. Así lo afirman Kelsen y Marcic. El autor de la Teoría pura del Derecho, máximo representante del formalismo positivista y, por tanto, a mi entender, rotundo desustancializador de la Constitución, afirma que la... *Política* de Aristóteles es una teoría de la Constitución cuyos rasgos básicos aparecen esbozados en la *Ética a Nicómaco* (2). Por un lado, el fundador de la Escuela de Viena señala que permanece intacto el prestigio de su *Ética* y de su *Política*, y a mayor abundamiento nos dice: «...que el tratamiento científico de los problemas del mundo ético y de la comunidad jurídico-estatal se siguen verificando en amplia medida por medio de conceptos que han sido troquelados en el sistema de Aristóteles» (3).

Por su parte, René Marcic (4) califica al Estagirita como el primer teórico de la Constitución. La Constitución es la forma *esencial* del Estado. La teoría aristotélica de la Constitución señala tres elementos materiales: los hombres, entre los que se establece la interrelación gobernantes-gobernados; el *territorio*, y el *tejido económico*, es decir, la estructura sociológica, que desempeña un papel capital (5) (6).

---

(2) HANS KELSEN: «La 'Política' de Aristóteles y la política heleno-macedónica» (trad. de Luis Legaz Lacambra), en *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946, pág. 157.

(3) KELSEN: *loc. cit.*, pág. 147.

(4) R. MARCIC: *Verfassung und Verfassungsgericht*, Springer, Verlag Wien, 1963, pág. 48.

(5) MARCIC: *ob. cit.*, pág. 50.

(6) Para otras consideraciones sobre el concepto de Constitución en la Antigüedad clásica, cfr. el artículo del constitucionalista italiano EMILIO CROSA: «Il concetto di costituzione nell'anti-

Además, Aristóteles es el fundador del Derecho constitucional comparado, pues recopiló, ayudado por sus discípulos, más de 158 Constituciones de las *polis* de su tiempo. En tan inmenso trabajo, colaboró con el maestro su discípulo Teofrasto, corriendo a cargo del primero su revisión. Entre tales *politeiai* (Constituciones) figuraban las de varias ciudades bárbaras. Según la tradición antigua, el Estagirita recogió tan amplia documentación para la formación de Alejandro Magno.

El filólogo Tovar (7) sostuvo que «Aristóteles, precursor de los profesores que hacen una colección comentada y concordada de textos constitucionales, prepara por primera vez un archivo de documentación y explica la teoría política apoyándose en variedad de ejemplos procedentes de ese archivo».

Desgraciadamente, sólo se conserva la «Constitución de los atenienses», encontrada entre las arenas de Egipto en 1880 por Kenyon. El texto se halló incompleto. Este escrito, como sostiene García Valdés (8), transparenta una sólida base teórica, y esa teorización se relaciona estrechamente con la experiencia.

## 2. Concepto aristotélico de Constitución

Antes de analizar la Teoría constitucional de Aristóteles es necesario precisar el concepto de *politeia*, que es un término polisémico (9). Sin embargo, me parece que la idea aristotélica de la *politeia* expresa un orden natural preexistente a la *polis*. Viene a ser, como decía Isócrates, el verdadero espíritu de la ciudad. En esta idea coincidieron, pese a sus diferencias con el Estagirita, Demóstenes y otros. En definitiva, se asemeja a lo que un sector de la doctrina constitucional contemporánea denomina la *Constitución material* (10), tomada en sentido *sustancial*. En definitiva, como escribe Jaeger (11): «La *politeia*, en el sentido griego, no significa sólo, como en el sentido moderno, la Constitución del Estado, sino la

---

chità classica e la sua modernità», en *Studi di Diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milán, Giuffrè Editore, 1952, pág. 100. Repárese en la afirmación del título de este trabajo: *Modernità*.

(7) A. TOVAR: *Los derechos políticos en Platón y Aristóteles*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1954, pág. 64.

(8) ARISTÓTELES: *Constitución de los atenienses. Pseudo-Aristóteles: Económicas* (introd., trad. y notas de Manuela García Valdés), Madrid, Ed. Gredos, 1984, pág. 35.

(9) Así lo indica la traductora y anotadora de la *Política* de Aristóteles Manuela García Valdés (Madrid, Ed. Gredos, 1988, pág. 88, nota 138). García Valdés apunta estas acepciones: «organización jerárquica de las diferentes magistraturas: el *régimen*; conjunto de ciudadanos: *cuerpo cívico*; *derechos cívicos* y políticos; *ciudadano*; *Constitución moderada o mixta*, que traducimos frecuentemente por *república*».

(10) Así, K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución* (trad. y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ed. Ariel, 1976, pág. 152.

(11) W. JAEGER: *Paideia: Los ideales de la cultura griega* (trad. de Xoaquin Xirau y Wenceslao Roces), México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1962, pág. 368.

vida entera de la *polis*, en tanto que se haya determinada por ella. Y aun cuando en Atenas no existía, como en Esparta, una disciplina que regulara el curso entero de la vida cotidiana de los ciudadanos, el influjo de la *polis* como espíritu universal penetra profundamente en la orientación entera de la vida humana» (12).

En consecuencia, la *politeia* es un producto natural y cultural del espíritu griego, y en este sentido la Teoría de la Constitución aristotélica es el resultado de la vida cultural ateniense y del conjunto de valores que nutre esa cultura. Esta afirmación es congruente con lo que nos dice Jaeger (13) al estudiar el pensamiento de Isócrates y compararlo con el de Platón. En este último, *politeia* y *paideia*, o sea, el ideal de la cultura griega, son puntos cardinales de su obra. En cambio, para Isócrates, la *paideia* se convierte en algo mecánico, puramente técnico (14).

Así pues, la *polis*, para Aristóteles, no es un producto artificioso, porque tiene sus raíces en la naturaleza humana (el hombre como animal político), que despliega todas sus posibilidades en la *polis*. Por tanto, su institución supone el logro del *telos* propio del hombre.

Será en el Renacimiento, con Maquiavelo, cuando el Estado puede contemplarse como producto artístico, es decir, como realización reflexiva y técnica del mismo operada por los hombres. Entre el Estado, *rectius* la *polis*, como logro natural y como producto de la convención según los sofistas, quienes distinguirán lo justo natural y lo justo legal, encontramos al Estado como obra artística según lo califica, sugestivamente, el gran historiador suizo Burckhardt en su memorable libro (15).

---

(12) Sobre las raíces de la idea democrática en la Constitución de Atenas, cfr. F. WARNER: *Die demokratische Staatsidee in der Verfassung von Athen*, Ludwig Röhrscheid, Verlag Bonn, 1946.

(13) JAEGER: *ob. cit.*, pág. 591.

(14) A. VERDROSS-DROSSBERG: *Grundlinien der antike Rechts- und Staatsphilosophie*, Springer, Verlag Wien, 1946, pág. 128.

(15) J. BURCKHARDT: *La cultura del Renacimiento en Italia* (trad. directamente del alemán por José Antonio Rubio), Madrid, Ed. Escelicer, 1941, Primera parte: «El Estado como obra de arte», págs. 11 y sigs. Escribió BURCKHARDT (*ob. cit.*, pág. 60), al referirse a su proyecto de Constitución para Florencia: «De todos aquellos que pensaban poder construir un Estado, el más grande es sin duda, sin comparación posible, Maquiavelo.» Y añade más adelante: «Es imposible imaginar una construcción en la que las concepciones al Papa, a los partidarios destacados de éste y a los diversos intereses florentinos pudieran combinarse de manera más artística; la impresión que produce es la de un mecanismo de relojería. Son numerosas también las observaciones referentes a Florencia que se encuentran en sus *Discorsi*, como son múltiples los varios principios enunciados, las paralelas parecidas, las perspectivas políticas trazadas; *hay a veces reflexiones iluminadas por una luz de auténtica belleza*» (subrayado P. L. V.). En nuestros días, A. HAUSER (*Historia social de la literatura y del arte*, vol. 3.º, Madrid, Ediciones Gaudarrama, s.f. pág. 534) sostiene: «La teoría y el programa del realismo político la desarrolló el primero Maquiavelo; en él se encuentra la clave de toda la visión del mundo del manierismo, que lucha con esta idea.»

Hace años me ocupé (16) de la *visión estética de las formas políticas*, concepción típicamente occidental que data de la cultura griega. Desde Herodoto, Platón y Aristóteles se contempló la morfología política según el número de los gobernantes, conforme a la abstracción, la categoría estética, y en Roma, con Cicerón, según el dogmatismo jurídico.

Se siguió una tendencia a detenerse en los aspectos exteriores, formalizados, para comprender y clasificar las formas políticas. La categoría estética supone una representación plástica, según un principio significativo, de la configuración externa de la convivencia política. En nuestro tiempo, la teoría de Kelsen sobre la morfología política es una consecuencia de lo que podríamos decir la estética trascendental acerca de la fenomenología jurídica porque para él las formas políticas son simples variedades jurídicas organizadoras de la convivencia estatal basadas en la identificación entre el Derecho y el Estado.

De este modo, lentamente, se produjo la desustancialización del Estado y al mismo tiempo de su Constitución.

Ciertamente, el método realista del Estagirita —su observación empírica de la composición de la *polis*: el pueblo, el territorio, las autoridades supremas, su correspondencia con las clases sociales, su teoría de las revoluciones, sus referencias constantes a la ética, al bien común, al *telos* de la *polis* y su concepto de la *politeia*— compensaron, con creces, la visión esteticista de la morfología política. A mayor abundamiento, su estudio detallado, como vimos, de numerosas Constituciones griegas y bárbaras impidieron que su teoría de la Constitución incurriera en formalizaciones que dañasen su análisis sustancial de la *politeia* como alma de la convivencia política y, en definitiva, pivote fundamental de la misma. Esto no obsta para que el autor de la *Retórica* la describiese con matices estéticos; pero la *Kalokathia* (nobleza) y el *kalón* (lo bello) no difuminan los contenidos sustantivos de la *polis* y de la *politeia*.

El prestigio que alcanzó la tripartición aristotélica entre formas políticas puras (monarquía, aristocracia) y *politia* (aquí, en la acepción de gobierno, república; luego, en Roma, *res publica*), que tienden al bien común y la tricotomía de las formas políticas que se apartan del bien común: tiranía, oligarquía, democracia (en el sentido griego de degeneración de la *politeia* y no en la acepción contemporánea), duró varios siglos, olvidando las jugosas consideraciones sobre el papel de los contenidos éticos y sociales que nutrían a cada una de esas formas.

Es imprescindible subrayar las conexiones de la metafísica aristotélica con su concepción de la *polis* y de la *politeia*. Es decir, su teoría político-constitucional

---

(16) P. LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed. revisada, reimpresión, Madrid, Tecnos, 1983, págs. 212 y sigs.

se basa en fundamentos ontológicos y axiológicos. Por eso Kelsen (17) señaló que la metafísica aristotélica es una axiología. En efecto, Aristóteles (18) afirmó: «Todas las Constituciones políticas son una especie de justicia, pues son comunidades».

El Estagirita rechaza la trascendencia platónica de las ideas y mantiene su immanencia. No están fuera del mundo, sino en él, de suerte que sus formas son configuradoras de una materia determinada. Son principios configuradores. El ser se manifiesta de dos modos como potencia o plenamente desarrollado, es decir, como acto. Este último se ha realizado por completo. Si existe sólo potencialmente, se produce una tensión entre la posibilidad y su actualización. Así pues, el ser mutable manifiesta sólo imperfectamente su forma si bien puede realizarse. Por eso, la forma es el fin (*telos*) al que se encamina todo lo mutable. El *telos* no es ajeno a las esencias concretas, sino que se hallan en su propia forma. A esta propiedad del fin la denomina Aristóteles *entelechia* (19).

El movimiento es para nuestro autor el paso de la potencia al acto, y como dice Verdross-Drossberg (20), el dinamismo del *telos* o fin, encaminado a la estructura de la realidad, es muy importante en la Teoría del Estado aristotélica, pues permite determinar el *telos* del Estado, y añadimos por nuestra parte: el *telos* de la Constitución.

También el austríaco Hermens (21) recurre a la expresión aristotélica de forma. Para Aristóteles no era, como sucede hoy, lo contrario a la sustancia, sino elemento sustancial de ella. Forma y materia son complementarias. En efecto, en el libro VII, capítulo 8, 1033, de la *Metafísica* afirmó: «Todo lo que se genera es en parte ser y cuenta con otra cosa más que el ser: llamo a una materia y a la otra forma.»

Para Aristóteles, la *polis* es un orden que tiene cierta *durabilidad* o *perdurabilidad* (22). Así pues, «... si la ciudad es una cierta comunidad, y es una comuni-

(17) KELSEN: *loc. cit.*, págs. 148-149.

(18) ARISTÓTELES: *Ética Eudémica* (introd. de Emilio Lledó Iñigo, trad. y notas por Julio Palli y Bonet), Madrid, Ed. Gredos, 1993, pag. 516.

(19) Reproduzco, en síntesis, lo que describe VERDROSS-DROSSBERG: *ob. cit.*, pag. 121.

(20) VERDROSS-DROSSBERG: *ob. cit.*, pag. 127.

(21) F. A. HERMENS: *Verfassungslehre*, Wertdeutscher, Verlag Köln und Opladen, 1968, pag. 6.

(22) ARISTÓTELES: *Política* (Introducción, trad. y notas de Manuela García Valdés), Madrid, Ed. Gredos, 1988, libro III, 3, 1276 a, págs. 157 y sigs. «Y en el caso de que unos mismos habitantes pueblen el mismo lugar, hay que afirmar que la ciudad es la misma mientras sea el mismo linaje de los que la habitan, aunque continuamente unos mueren y otros nacen, como acostumbramos a decir que los ríos y las fuentes son los mismos, aunque su corriente surge y pasa continuamente. ¿o hay que decir que los hombres son los mismos por esa razón, pero la ciudad es otra» (pág. 159).

Aristóteles, por tanto, no comparte la famosa afirmación de Heráclito: «Nadie puede bañarse dos veces en un mismo río.»

dad de ciudadanos en un régimen (*politeia*), cuando el régimen (*politeia*) se altera específicamente y se hace diferente parecerá forzoso pensar que la ciudad tampoco es la misma, así como decimos de un coro que es diferente, unas veces cómico y otras veces trágico, aunque a menudo lo componen las mismas personas» (23). «Si esto es así, es evidente que se debe decir de una ciudad que es la misma, atendiendo principalmente a su régimen (*politeia*), y es posible llamarla con un nombre distinto o el mismo, ya sean los que la habitan los mismos hombres ya sean otros completamente distintos» (24).

En consecuencia, como sostiene Verdross-Drossberg (25), la *polis* se configura como una comunidad constitucional perdurable y general a través de la continua generación humana de sus ciudadanos. Además, Aristóteles, como su maestro Platón, contempla a la *polis* como un orden, como un *kosmos*, como una totalidad ordenada cuyos miembros se encaminan a un fin común (26).

¿En qué consiste la Constitución, según Aristóteles?

Para el Estagirita es una ordenación de las diversas magistraturas de la ciudad y especialmente de la que tiene el poder supremo. Y en todas partes es supremo el gobierno de la ciudad, y ese gobierno es la *politeia* (27). Es una organización de las magistraturas en las ciudades, cómo están distribuidas, cuál es el órgano superior de la *politeia* y cuál es el *fin* de cada comunidad (28).

Estas son dos definiciones coincidentes. No obstante, la segunda añade el *telos* de la *polis* conforme a su *visión teleológica* de la política, pues, como indica Verdross-Drossberg (29), el dinamismo de la vida política es capital en la teoría aristotélica de la *polis*. Aquí se revela la base metafísica de la *polis* y de su Constitución: el movimiento concebido como paso del ser en potencia al ser en acto.

Jellinek (30) recoge la definición aristotélica, señala cómo se diferencian la Constitución y las leyes ordinarias y añade: «Conforme a su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera a la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla.»

La doctrina aristotélica sobre la Constitución se elabora en momentos graves de la *polis* ateniense. Esto lo describió muy bien el filólogo Tovar (31). En efec-

(23) ARISTÓTELES: *ob. cit.*, III, 8, 1276b, pág. 159.

(24) ARISTÓTELES: *ob. cit.*, III, 9, 1276b, págs. 159-160.

(25) VERDROSS-DROSSBERG: *ob. cit.*, pág. 129.

(26) Coincide con ésta MARCIC: *ob. cit.*, págs. 4 y sigs.: «Verfassung ist offenkundig Ordnung; Verfassung als Ordnung und Kosmos.»

(27) ARISTÓTELES: *Política*, III, 6, 1278b, pág. 168.

(28) ARISTÓTELES: *Política*, IV, 10, 1289a, pág. 218.

(29) VERDROSS-DROSSBERG: *ob. cit.*, pág. 127.

(30) J. JELLINEK: *Teoría del Estado* (Prólogo y trad. por Fernando de los Ríos Urruti), 2.ª ed., México, Compañía Editorial Continental, S. A., 1958, págs. 413-414.

(31) A. TOVAR: *Los hechos políticos en Platón y Aristóteles*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1954.

to, a su juicio, bien fundamentado, tanto Platón como Aristóteles estuvieron muy lejos de percibir el sentido del cambio y la inseguridad, «... que hizo temblar al suelo helénico bajo sus pies, y a medida que los hechos fueron tomando una faz más insólita y nueva, el desconocimiento fue mayor, hasta quedar en el filósofo Aristóteles, tan despierto para otras cosas, vendados los ojos ante la extraña novedad del Imperio universal de Alejandro» (32). La *polis* fue superada por la monarquía militar de tipo macedonio (33).

«El maestro de Alejandro Magno creía que la organización política por excelencia era la de Atenas en sus tiempos de normalidad; el hombre realista y objetivo desconoció la realidad que le rodeaba para perderse en consideraciones sobre sus archivos con docenas de Constituciones de ciudades y con materiales sobre cómo se gobiernan los bárbaros» (34).

Una vez más se corrobora, a mi juicio, que la teorización de la Constitución brota cuando está en crisis, como muchos siglos después se corroboró en la República de Weimar; así suele ocurrir con las dolencias físicas: nos enteramos, los legos en medicina, cómo es la anatomía y fisiología del cuerpo humano cuando nos duele. ¿Acaso el florecimiento de aquella civilización, por extraña ventura, puede compensar la dolorosa crisis?

El desconocimiento de la realidad política que rodeaba a Aristóteles tal vez se debió —como apuntó Kelsen— a una actitud cautelosa, dadas sus conexiones con la monarquía macedónica y sus relaciones con Alejandro Magno para que la *polis* no atentase, por segunda vez, contra la filosofía.

Al final de su interesante ensayo, Tovar escribió acertadamente: «Si con Sócrates se crea la más alta ética, y con Platón la política se convierte en servidora de ese ideal moral, con Aristóteles se crea, como tal ciencia política, la ciencia de los profesores de Derecho político» (35).

La Constitución, para el filósofo, es la forma sustancial de la cosa pública.

Como sostuvo Marcic (36): *constitutio est forma rei publicae*. Su forma sustancial es la realidad del derecho del ser: su ejecución. La Constitución es la forma que «esencializa» al Estado, así como el alma se define ontológicamente como la forma esencial del hombre. La Constitución es el *sentido del Estado*. Así se comprende que para Aristóteles el Estado, la *polis*, cambia si se modifica su Constitución, aunque subsistan los mismos hombres como gobernantes y como gobernados (37). De este modo se confirma el suelo ontológico de la teoría constitucional del Estagirita.

(32) A. TOVAR: *ob. cit.*, pág. 12.

(33) A. TOVAR: *ob. cit.*, pág. 80.

(34) A. TOVAR: *ob. cit.*, pág. 85.

(35) A. TOVAR: *ob. cit.*, pág. 88.

(36) MARCIC: *ob. cit.*, pág. 49.

(37) *Ibidem*.

### 3. *Inicios desustancializadores del concepto de Constitución.* *Marco Tulio Cicerón*

No pretendo expresar un juicio apodíctico cuando digo que en el pensamiento ciceroniano se vislumbran inicios de la desustancialización del concepto de Constitución. ¿Qué significa esto? Veamos.

Ante todo, y más allá del tópico establecido, puede admitirse que los romanos fueron gigantes en el campo del Derecho y pigmeos en el filosófico.

Los influjos platónicos, aristotélicos y estoicos en la obra de Cicerón, aparte de otros menos relevantes, son claros. En este orden de cosas nuestro autor mantuvo una posición filosófica ecléctica, lo cual no fue obstáculo para que, por sus cualidades de insigne orador y polemista, por su experiencia política y talento natural, fuese un excelente jurista. Ahora bien, en el Derecho público los ingredientes filosóficos, sociológicos y politológicos son importantes. El Arpinate no los desconoció, pero atendió, preferentemente, a la fundamentación y expresión técnico-jurídica, esto es, a lo que posteriormente, en el siglo XIX, se llamó dogmática jurídica.

Empero, la dogmática jurídica propende, en circunstancias excepcionales, como las vividas por el insigne orador, a la formalización y alejamiento de la realidad circundante. Por consiguiente, el concepto de Constitución ciceroniano, por un lado, enlaza con la tradición filosófica griega, y por otro, conecta con la doctrina clásica de los juristas romanos. No hay que olvidar, por supuesto, su posición iusnaturalista.

Según esto, la aportación de Cicerón al concepto de Constitución consiste, como indicó Verdross-Drossberg (38) en transformar la brumosa y delicuescente teoría estoica del imperio *en forma jurídica*. Su punto de partida no fue una construcción conceptual ajustada a la realidad política ni una valoración de la misma, sino la descripción de la situación de la comunidad política romana que se desarrolló de una semilla fructífera hasta convertirse en un Imperio mundial. Según él, el arte político no corresponde a la teoría, sino a la práctica. Así pues, todo lo que los filósofos mantuvieron lo anticiparon los políticos prácticos, en la medida que aplicaron a la comunidad política sus correspondientes virtudes. Por eso el Arpinate comparó la actividad del político con el poder creador de Dios. La función teórica estriba en servirse de las fuerzas que configuran efectivamente, que culminan, consecuentemente, la comunidad política.

Ejemplo capital de la teoría de comunidad política fue Roma, porque logró, siguiendo un rumbo natural, la mejor Constitución (39), es decir, *la forma política mixta*, que armoniza los elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos.

---

(38) VERDROSS-DROSSEBERG: *ob. cit.*, pág. 155.

(39) CICERÓN: *De Republica*, I, 7, 12.

A su juicio, una Constitución perdura cuando la comunidad política establece un equilibrio entre los derechos, deberes y funciones de modo que las autoridades cuenten con poder suficiente para calcular, satisfactoriamente, las actividades públicas, de modo que el pueblo posea suficiente libertad (40). La teoría política ciceroniana no corresponde a una comunidad política particular, sino a una teoría jurídica del Imperio. Es una doctrina jurídica *universal* inspirada en fuentes estoicas. Corresponde a la doctrina universal del Derecho natural frente al positivismo jurídico de Epicteto y Carneades (41).

En alguna medida, el concepto de Constitución, *politeia*, aristotélico equivale al de *res publica* ciceroniano. Ahora bien, mientras en Aristóteles la Constitución contiene elementos sustanciales, ético-sociales e incluso económicos, en Cicerón, aunque no los ignore en virtud de su tecnicismo, se formalizan jurídicamente.

Dicho de otro modo: la concepción aristotélica de la *politeia* es esencialmente político-cultural; en cambio, la ciceroniana es predominantemente jurídica. El término *Constitutio* indica la forma jurídica de la unidad. Como indica Sartori (42) la *civitas* se configura como *civilis societas*, así adquiere una cualificación más elástica, que amplía sus límites en comparación con la *polis*. La *civilis societas* se resume en una *iuris societas*. Ello permite sustituir lo «político» por lo jurídico. Así, Cicerón sostuvo que la *civitas* no era una simple agregación humana, sino una agregación basada en el consenso de la ley (43). «Ya en los tiempos de Cicerón estamos, pues, próximos a una *civilitas* que no tiene ya casi nada de «político», en el sentido griego del término. La *iuris societas* es a la *polis* como la despolitización a lo político» (44).

En la concepción romana de la sociedad política adquiere, pues, relevancia preeminente la noción del Derecho. La noción del *status reipublicae*, en cuanto particular modo de ser o estructura de la organización del *populus*, resalta en Cicerón, como advierte Passerin d'Entreves (45).

(40) *Ibidem*, II, 39, 90 y sigs.

(41) VERDROSS-DROSSBERG: *ob. cit.*, pág. 23.

(42) GIOVANNI SARTORI: *Elementos de teoría política* (trad. de María Luz Morán), Madrid, Alianza Editorial, 1992, pág. 206. Cfr. también la definición ciceroniana de *res publica* (*De Republica*, I, 25, 39).

(43) CICERÓN: *De Republica*, I, 25.

(44) El profesor P. FUENTESECA (*Historia del Derecho romano*, Madrid, 1987, pág. 111) señala que en la Roma republicana, salvo el pensamiento ciceroniano, nutrido a veces de pensamiento griego, no hay especulaciones importantes de teoría política. «De todos modos, Cicerón concibió la sociedad política como una *societas iuris*. Ello significa que captó la esencia jurídica de la sociedad política antigua. Los individuos se hallaban entre sí vinculados jurídicamente.»

(45) A. PASSERIN D'ENTREVES: *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e di interpretazioni*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 1967, págs. 115 y sigs. Según H. REHM (*Allgemeine Staatslehre*, Verlag von J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Freiburg I. B., Leipzig und Tübingen, 1899, págs. 175-176), en el pensamiento de Cicerón aflora la idea de la ficción del Estado como personalidad jurídica.

El concepto de Constitución se concibió en la Antigüedad primeramente en su sentido material. Para referirse a la Constitución, los romanos utilizaron un tecnicismo: *rem publicam constituere*. El poder de modificar la Constitución se confió en los momentos culminantes de la historia de Roma a magistrados extraordinarios (poder constituyente) que, de hecho, disponían del poder ilimitado de la comunidad (46).

#### 4. *Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen*

En principio, las leyes fundamentales de la Monarquía constitucional en el continente europeo se apoyan en una visión sustancialista. En este orden de cosas, lo fundamental es el contenido de las mismas y no su expresión escrita sistematizada. Su origen y función legitimadora descansa en el legado histórico, en su transmisión consuetudinaria, apoyada en una estructura social estamental. Por tanto, su legitimación no reside en la voluntad popular y en su elaboración por Asambleas constituyentes encargadas de elaborar un texto básico.

Los comentaristas de la época les atribuyen un rango superior al de las demás leyes.

Versan sobre el orden de sucesión de la Corona, la prohibición de la fragmentación del territorio, el principio de primogenitura y la vigencia de la ley sálica en Francia, unidos a referencias solemnes, a principios teológicos e iusnaturalistas. Estos principios no podían alterarse arbitrariamente. En definitiva, como señaló en su crítica de la Constitución inglesa, incomprendida por Thomas Paine, aquella carecía de gramática y sintaxis comparada con la Constitución norteamericana. Como escribe Paul Bastid (47), las reglas que rigen el funcionamiento de la Monarquía francesa no fueron creación del Arte humano, sino producto de la acumulación de hechos históricos. Por consiguiente, la edad revolucionaria rechazará la configuración constitucional del Estado descansando en la tradición y en la costumbre fuerzas oscuras carentes de imaginación. Por el contrario, se basará en la libre acción de las voluntades humanas iluminadas por la razón (48).

La Revolución francesa suscitará la indignación y crítica de Edmund Burke contra su obra constitucional. Su pensamiento influirá en la argumentación y estilo de los contrarrevolucionarios de Maistre y de Bonald, excelentes escritores y polemistas agudos. Es cierto que sus doctrinas son preterizantes, pero, sin embargo, acertaron al subrayar el papel capital que las costumbres, los usos y

(46) JELLINEK: *ob. cit.*, pág. 414. A su juicio, «estas relaciones antiguas han llegado a ser de gran importancia para las concepciones modernas de la naturaleza de la Constitución del Estado».

(47) P. BASTID: *L'idée de Constitution*, París, Económica, 1985, pág. 13.

(48) BASTID: *ob. cit.*, pág. 14.

convenciones ejercen sobre los instrumentos constitucionales y el deterioro de éstos cuando no reflejan la situación social del momento.

En este sentido, en los teócratas franceses encontramos raíces del concepto sustancial de Constitución, que posteriormente aparecerán rompiendo, por supuesto, con sus implicaciones reaccionarias, en Simon de Sismondi, en Lorenz von Stein y en Ferdinand Lasalle, para concluir después en la clásica obra de Costantino Mortati (49).

### III. NORMATIVIZACION DE LA CONSTITUCION Y DESUSTANCIALIZACION DE LA MISMA

#### 1. *La Constitución como norma fundamental*

A partir de los inicios del siglo pasado el Derecho constitucional se normativizará y formalizará desprendiéndose poco a poco de su relación con la realidad social. Es decir, los textos constitucionales aparecerán como productos de la imaginación de una *elite* de juristas y en cuanto voluntad expresada por Asambleas constituyentes. De este modo, el concepto de Constitución, su función y finalidad se concebirán según criterios estrictamente formales, o sea, como prescripciones articuladas, codificadas, difícilmente reformables, redactadas, proclamadas y promulgadas solemnemente.

Así pues, las Constituciones tradicionales, excepto en Gran Bretaña, se rechazarán y en su lugar aparecerán textos racionalizados, elaborados técnicamente, discutidos y aprobados por Asambleas constituyentes.

En la consecución de este objetivo colaboraron varios factores. Vamos a señalarlos.

Ante todo, el papel desplegado por la *burguesía* en las revoluciones liberales y particularmente en Francia. En efecto, la revolución puritana en Inglaterra, la revolución e independencia de las colonias en el norte de América, la Revolución francesa y las que siguieron su ejemplo en varios países del continente europeo requerían la promulgación de documentos constitucionales que consagrasen, en el máximo nivel normativo, los intereses específicos de la clase poseedora. La burguesía quería afianzar sus derechos frente a los privilegios de la nobleza: la propiedad, la seguridad jurídica y la libertad. Para conseguirlo fue menester fijar

---

(49) Cfr. P. LUCAS VERDÚ: *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1983, dirigida por P. L. V., págs. 123-276.

la limitación del poder real mediante la separación de poderes (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, art. 16).

Estas exigencias se inspiraron en el iusnaturalismo racionalista y revolucionario contra la estructura social, la organización jurídica y las bases económicas del Antiguo Régimen. Son cosas harto sabidas, pero conviene recordarlas.

Lo que me interesa subrayar es que el iusnaturalismo revolucionario en Francia comenzó a desustancializarse, esto es, a olvidar sus orígenes cristianos y a esgrimirse como una ideología legitimadora de las reivindicaciones burguesas. Dicha desustancialización, acentuada por la secularización, condujo a la formalización de los conceptos y a la tecnificación, no menos formalizada, de las estructuras constitucionales: las Constituciones ya no versarán directamente sobre contenidos sustanciales y reales, sino sobre las formas, engranajes y funcionamiento de la maquinaria estatal. Por otro lado, esa desustancialización-formalización-funcionalización de los textos fundamentales terminará por abandonar las justificaciones y fundamentaciones iusnaturalistas o por interpretarlas como un *relictus* con arreglo a criterios exegéticos desvalorizados.

Por tanto, los derechos del hombre, la libertad y la igualdad perderán su contenido esencial y se reducirán a figuras jurídicas elaboradas y aplicadas como elementos formales conforme a la secuencia: libertad-igualdad = a seguridad jurídica = propiedad, de modo que la propiedad privada desustancializa a las primeras. ¿Por qué?

La razón estriba en que a la burguesía ya no le interesa esgrimir categorías y afirmaciones metafísicas, éticas, iusnaturalistas una vez conquistado el Estado, ya que le preocupa que aquéllas argumentaciones, u otras semejantes, pudieran utilizarse por estratos sociales inferiores para desalojarlos del poder. En este sentido, el constitucionalismo liberal individualista del Estado liberal burgués de Derecho es la formalización codificada y articulada del *statu quo* social.

Al servicio de sus intereses se pusieron, conscientemente, o sin saberlo, una *élite de políticos y juristas*. Entre los primeros figuró en puesto relevante Sieyès, cuyos escritos —¿*Qué es el tercer Estado?* y su ensayo sobre los privilegios— fueron una especie de manifiesto político de la burguesía.

En la doctrina del poder constituyente, influida por el filósofo y teólogo Spinoza, y en su concepción de la representación política se anuncian las bases y conceptos de la Teoría de la Constitución del liberalismo continental, que luego desarrollarán Benjamin Constant y otros.

En las argumentaciones de Sieyès hallamos *L'esprit geometrique* del tiempo de la Ilustración conectado con la lógica escolástica que el abate aprendió en el seminario.

En este orden de cosas, la Constitución aparecerá como un postulado: su expresión escrita y articulada sirve para resguardar los intereses burgueses. El

poder constituyente equivale a la creación secularizada del documento constitucional. Reside en el pueblo, identificado con la nación, y entrambos con el tercer Estado.

La garantía de la Constitución se atribuye a un órgano específico antecedente de los Tribunales constitucionales contemporáneos. Estamos ante una construcción lógico-jurídica que preserva la seguridad jurídica, la libertad y su base económica: la propiedad privada.

## 2. De Sieyès a Kelsen

Sieyès fue un político, un excelente planfletista y un diseñador de Constituciones. Como tal, se anticipó, con su racionalización del poder, a Mirkin-Guetzevitch y a la posterior ingeniería constitucional. En definitiva, si Spinoza fue el autor de la ética *more geometrico demonstrata*, Sieyès lo fue de la *Constitutio more geometrico demonstrata*. Siglo y medio después, Kelsen trazará, admirablemente, una Teoría del Estado y una Teoría de la Constitución, si bien esta última embebida por la anterior, estructurada y desarrollada con arreglos a criterios geométricos puros. La *Grundnorm* es hipótesis primero, luego ficción, que crea *ex nihilo*, en virtud de la pureza metódica, el conjunto normativo escalonado, según una dinámica interna en la cual cada escalón intermedio es ejecutor del anterior y creador a su vez del siguiente, hasta llegar a su aplicación; Estado y Derecho se identifican. La *Grundnorm* o *Urnorm* es una especie de Demiurgo jurídico que crea el ordenamiento jurídico. Dicha norma básica es la Constitución lógico-jurídica, vacía de contenido, productora de la Constitución en sentido jurídico positivo. Por consiguiente, una teología secularizada (panteísmo normativista) enlaza con una geometrización del fenómeno jurídico realmente estético. Así pues, la lógica jurídica y la geometrización normativista conducen a una teoría de la Constitución sin la Constitución (*eine Verfassungslehre ohne Verfassung*), aplicando la frases que Heller y Kollreutter atribuyeron a la *Allgemeine Staatslehre kelseniana*).

De este modo comprobaremos la *configuración estética pura, trascendental, formalizada normativamente mediante categorías lógicas. Estamos ante la más elevada y magistral depuración de la Constitución y del Derecho constitucional, construida precisamente en una época de inestabilidad política, social y económica, incongruente con tan maravillosa elaboración. Con acaso cierta exageración, pero al fin y al cabo significativa, podríamos decir que el normativismo puro de Kelsen recuerda la idealización platónica de la Constitución, pero el Derecho necesita la consideración aristotélica de los hechos, de la empiria político-social.*

### 3. *Réplica de Schmitt y Heller. Otros autores*

En este orden de cosas, la réplica de Schmitt: la norma sirve en momentos *normales*; hay que distinguir entre Constitución y leyes constitucionales; la Constitución es una decisión; y la revisión de Heller de la dicotomía ser-deber debe ser sustituida por la correlación normatividad-normalidad; la Constitución como estructura; la teoría de Smend de la Constitución como transcripción de la integración estatal; la de Schindler: Dialéctica entre la Constitución y la estructura social, y de Mortati: Constitución en sentido material en cuanto expresión de la fuerza o fuerzas políticas subyacentes, etc., suponen una vuelta para captar los elementos sustanciales del concepto y sentido de la Constitución.

### 4. *La Constitución es más que una norma. El plus de la Constitución*

No es menester aclarar que la Constitución se compone de normas. Ahora bien, éstas no agotan la realidad constitucional. Junto a ellas contemplamos, como señalaron Maurice Hauriou y Santi Romano con argumentaciones diferentes (iusnaturalista la del maestro francés, positivista mitigada la del italiano) las instituciones.

A ellas hay que añadir las costumbres, las convenciones típicas de Gran Bretaña y del ordenamiento constitucional norteamericano, aunque no ausente en el Derecho constitucional continental europeo.

La concepción positivista del Derecho constitucional todavía se resiente del método exegético de la Escuela francesa en sus inicios. No cabe duda que la codificación del Derecho privado, el Código de Napoleón, supuso un avance innegable. No obstante, la fascinación por tan capital instrumento jurídico ofuscó a sus autores como a Bounet cuando decía a sus alumnos: No explico Derecho civil, sino el Código de Napoleón. Esta notable afirmación conduciría a la postre a la aplicación de los métodos y técnicas iusprivatistas al estudio del Derecho constitucional, de suerte que contribuyó a su desustancialización. Así, el recurso, por ejemplo, de la categoría de la representación del Derecho civil para explicar la representación política fue errónea, aunque pronto los constitucionalistas la des-echaron.

Parece indudable que el trasplante de la dogmática iusprivatista al Derecho constitucional es incongruente y falsa. Es cierto que constitucionalistas como Orlando mostraron admiración, y aun sana envidia, por la precisión de los conceptos y técnicas tanto del Derecho privado romano como del Derecho civil, de modo que propusieron, cierto que salvando las diferencias, su aplicación al concepto del Derecho constitucional.

Ahora bien, el concepto normativista de Constitución es insuficiente porque necesita, sin dudas, un *plus*. ¿Cuál es ese añadido sustancial? Veamos.

La Constitución es *política*; adjetivación que la penetra por entero. La Constitución es incomprensible si, por pureza metódica o por exageración del método técnico-jurídico, método que corrige en gran medida al positivismo legalista precedente, ignoramos la *realidad social*. Esta realidad social opera como contrapunto de la normatividad. Es decir, se compone de exigencias socioeconómicas, de puntos de vista sobre la libertad, la igualdad y el pluralismo político (CE, art. 1.1), se inspira en ideologías políticas y en concepciones del mundo y de la vida, y aun en el caso de la Constitución española, registra la penetración historicista, o sea, los derechos históricos de la Disposición adicional primera (50).

##### 5. *Concepto de norma constitucional.* *«Invasión» del Derecho administrativo*

Si admitimos esto, *la norma constitucional es un mandato fundamental que expresa una ideología, con capacidad organizadora, en una estructura social, por lo general difícilmente reformable* (la norma fundamental).

Es claro que el carácter supremo y fundamental de las normas constitucionales explican el instituto del examen de las normas ordinarias o subconstitucionales para comprobar su congruencia con la Constitución. Asistimos al fenómeno que estudié en otros escritos de la «invasión» por los administrativistas con sus métodos y categorías dogmáticas del campo constitucional. Este fenómeno no es nuevo. En efecto, ya en las postrimerías del siglo XIX el insigne maestro del Derecho administrativo alemán, Otto Mayer, sostuvo que el *Verfassungsrecht vergeht* mientras que el *Verwaltungsrecht besteht*. Frase orgullosa referida al carácter efímero de los textos constitucionales y a la persistencia de las instituciones y normas administrativas.

De modo semejante, los iusprivatistas, alegando el Código napoleónico, y el Código Civil español mantuvieron y mantienen —Federico de Castro (recorremos que fue iusnaturalista) y otros (López Jacoiste)— algo similar.

Aducen el *carácter constituyente del Código Civil*, confortados por la inestabilidad y caducidad de las Constituciones. Ahora bien, esto no es razón para reducir el sentido y menos la finalidad de las normas constitucionales a los criterios interpretativos del Derecho privado y tampoco, pese a su proximidad, a los del Derecho administrativo.

---

(50) Cfr. el trabajo básico de M. HERRERO R. DE MIÑÓN: *Idea de los derechos históricos*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

Ciertamente —así lo señalé hace tiempo—, durante el largo período franquista los administrativistas españoles elaboraron, inspirándose principalmente en la doctrina italiana, una notable dogmática del Derecho público. En aquellos tiempos no valía la pena que los profesores de Derecho político nos entretuviéramos en aplicar categorías dogmáticas a un derecho fundamental de dominación política y no reconecedor y protector de la libertad. En cambio, tras la aprobación de la Constitución vigente, y aun antes, trabajamos en el campo del Derecho constitucional comparado cooperando con diversos dictámenes que se nos pedían por significados miembros de los grupos parlamentarios a la elaboración de la Carta Fundamental. Aparecieron una serie de comentarios del texto fundamental y publicamos tratados y manuales de Derecho constitucional.

Naturalmente, como el ámbito del Derecho constitucional es muy amplio, nadie puede objetar que cualquier especialista de disciplinas distintas no esté autorizado para opinar sobre la materia. Ahora bien, conviene no olvidar la naturaleza de las normas constitucionales distintas de las administrativas, como se desprende de la definición o descripción que de aquéllas establecimos.

## 6. *La Constitución como integración*

Antes nos referimos a la tesis de Rudolf Smend sobre la integración del Estado. No quiero, porque no me gusta, repetir lo que escribí hace escasos años sobre tan sugestiva teoría (51).

Lo que ahora me interesa es añadir algo sobre la actualidad de su posición y posible aplicación de sus puntos de vista a la realidad política española, ciertamente, que matizo.

Ante todo respecto a *su postura metodológica*. Enfrentándose con Kelsen, el Derecho constitucional ciertamente requiere un tratamiento propio de las ciencias del espíritu. Dicho de otro modo, el de la ciencia de la cultura. Ahora bien, esto requiere la *referencia a los valores* de modo que la fuga lógico-trascendental de la realidad y el rechazo de fundamentaciones estimativas por exigencias de la pureza metódica kelseniana no caben en la concepción de la Constitución y del Derecho constitucional mantenida por Rudolf Smend.

Para el autor de la teoría de la integración, el Estado, en cuanto realidad cultural dinámica, se integra no de modo mecanicista, sino cultural a través de tres procesos dinámicos: integración personal, mediante líderes, personajes preclaros en la historia de cada pueblo; integración funcional por medio de la actividad de

---

(51) P. LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

los órganos estatales: votaciones, discusiones parlamentarias, sentencias judiciales, e integración material: el territorio y aun a través de símbolos políticos: himnos, banderas, escudos, etc. Son procesos incesantes que corroboran la realidad dinámica y espiritual del Estado. Partiendo de ellos, la Constitución es la transcripción jurídico-normativa de los diversos procesos integradores de la realidad estatal.

*Los derechos humanos expresan contenidos valorativos, estimativos, imprescindibles para comprender su contenido, significado, función y finalidad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sito en Karlsruhe, se inspira, en Smend, en su primera fase de actuación, en numerosas sentencias. Ciertamente, más tarde el Tribunal abandonó esta orientación. En consecuencia, la doctrina de la integración es una teoría sustancialista, no formalista, a veces expuesta con alguna oscuridad y con frecuentes reiteraciones. La oscuridad en parte se explica por el estilo de su discurso influido por la filosofía social de Litt, contrapuesta a las argumentaciones cartesianas del constitucionalismo latino y al neopositivismo (no en sentido filosófico) contemporáneo.*

Su influjo en Alemania fue notable (Hensel, Erich Kaufmann, Heyen, Scheuner, Holstein). También en Suiza (Schindler, Kägi, Haug) y en su discípulo chino Hsü Dau-Lin.

¿En qué medida podemos recabar criterios e ideas aprovechables para comprender mejor el Derecho constitucional español?

Ante todo para compensar el influjo de la doctrina francesa y sobre todo italiana en las consideraciones sobre la materia. Aunque la obra capital del autor germano ha sido vertida a nuestra lengua, no advierto una repercusión importante de sus puntos de vista. Ahora no cabe argumentar dificultades idiomáticas. El predominio de la Teoría de la Constitución de Schmitt, de Lowenstein y de Hermens, en su versión angloamericana, debe complementarse con las aportaciones de Rudolf Smend.

Me parece que es un conveniente correctivo del decisionismo, en el fondo voluntarismo positivista, teñido de cierto existencialismo jurídico de Schmitt. Lo mismo puede decirse del método científico-político de Loewenstein.

Asimismo sirve para amortiguar el constructivismo positivista la administrativización del Derecho constitucional y, en definitiva, para acoger los aspectos estimativos del Derecho constitucional. No cabe duda que el tratamiento de los derechos humanos se enriquece con la ayuda smendiana. Igualmente, la comprensión del Estado autonómico se actualiza mediante las categorías jurídico-culturales de este autor.

Por último, me interesa añadir que en los escritos de Herrero de Miñón se advierte una cierta inclinación a este autor y una adecuada aplicación de las tesis del maestro alemán. La jurisprudencia constitucional española, por supuesto, sin mencionar a Rudolf Smend, lo cual no es necesario, coincide, sin embargo con los puntos de vista del autor germano.

En efecto, en su sentencia 94/1985, de 29 de julio, reconoce la función de la simbología política. Así, al referirse al escudo de Navarra —en relación con el conflicto planteado por esta Comunidad con la del País Vasco— por la inclusión de su enseña, el Alto Tribunal ha recordado que «... no puede desconocerse que la materia sensible del símbolo político —en este caso, las seculares cadenas del escudo de armas navarro— trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una Comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y en cuanto expresión interna de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbólicas, con las que es identificable; de aquí la protección dispensada a los símbolos políticos por los ordenamientos jurídicos. Al símbolo político corresponde, pues, al lado de una función significativa, integradora, una esencial función representativa e identificadora, que debe ejercer con la mayor pureza y virtualidad posible».

En esta sentencia se subraya la importancia de los símbolos políticos, la *respuesta* socioemocional, es decir, la función del sentimiento constitucional (52).

#### IV. CONCLUSION

Para terminar estas reflexiones, supongo que discutibles, me interesa subrayar que se han desarrollado *en torno* al concepto de Constitución, y por eso he recogido autores clásicos y también *dentro del mismo*. Es decir, he insistido en su proceso de desustancialización del mismo en favor de su excesiva formalización. Esto entraña que la normatividad se aleja de la realidad práctica (por ejemplo, la relativización de los textos fundamentales a la presencia, intersección y predominio de los partidos políticos y de otras fuerzas sociopolíticas que los manipulan a su capricho). De este modo, la Constitución se convierte en una hoja de papel que no sólo pierde su dignidad, sino incluso su operatividad.

---

(52) Sobre este asunto, cfr. mi monografía *El sentimiento constitucional (Aproximación al sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus, 1985. Cfr. además P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: «Sentimiento político y conflicto de competencia (A propósito de la STC 94/1985, de 29 de julio)»: *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 3, enero-junio 1987, págs. 67 y sigs.