

REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Crisis de la Constitución o fuerza normativa de la Constitución? 1. De la Constitución como "concepto de lucha" (Kampfbegriff) hasta el positivismo conservador. 2. De la normatividad de la Constitución a la existencialidad de la decisión. 3. De la crisis de la Constitución hacia la crisis de la política. 4. De una Constitución para una supralegalidad constitucional. 5. De la crisis de la Constitución hacia la temática de la fuerza normativa de la Constitución.* III. *Constitución y tiempo: de una Constitución "atemporal" a una Constitución temporalmente adecuada.* IV. *La Constitución como "obra abierta": ¿la teoría de la Constitución como teoría de alternativas o de uso alternativo del derecho constitucional? V. La Constitución como "plano global normativo". ¿Constitución como "medida" o "exceso de Constitución"? VI. Una Constitución como ley fundamental, pero no una Constitución técnica de un Estado técnico. Contra el pseudopositivismo en la teoría de la Constitución.* VII. *Una teoría de la Constitución sin integracionismo: consenso, compromiso y tensión como problemas constitucionales.* VIII. *Una teoría de la Constitución sin derecho natural. Contra la relativización de la normatividad jurídico-constitucional.* IX. *Una teoría de la Constitución sin "tiranía de valores". Contra la relativización de la normatividad jurídico-constitucional.* X. *De la crisis del derecho constitucional en crítica: de una función hermenéutica de teoría de la Constitución para una función crítica.*

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas condiciones que presenta la configuración del Estado y de la sociedad, hace necesario un replanteamiento en torno a temas clásicos de la teoría de la Constitución y del derecho constitucional, que nos permita una visión coherente, desmistificada y comprensiva de la función que actualmente cumple la Constitución, de cara a la realidad y en tanto conformadora del orden jurídico necesario a todo estado de derecho.

Este primer acercamiento reconstructivo al tema, en forma alguna pretende agotar la problemática acerca de la fuerza normativa de la Constitución, de la concreción de las normas constitucionales, etcétera; la intención es más modesta; tratamos de poner a la consideración del lector, algunas reflexiones personales que, quizá, puedan serles objeto de inquietud.

II. ¿CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN O FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN?

Para el constitucionalismo del presente siglo resulta de especial significado el artículo que en 1956 diera a conocer G. Burdeau,¹ pues al tiempo que proclamaba el *requiem* de la Constitución, considerándola como un “templo alegórico habitado por sombras”, abría el viejo problema de la *crisis de la Constitución*.

La proclamada “disolución de la Constitución” —que se encuentra ligada a la crisis del derecho, que presenta matices específicos— es, finalmente, un problema de tratamiento, que parte de las críticas conservadoras al constitucionalismo racionalista, al que se vendrían a unir, más tarde, las críticas de un sociologismo realista ejemplarmente expuestas en la conferencia dictada por Lassalle en 1862,² en la cual este conocido socialista reconducía las cuestiones de la Constitución no a cuestiones jurídicas, sino a cuestiones de poder. De ahí su insistencia en la importancia de la Constitución real, en detrimento de la Constitución escrita, reducida a una simple “hoja de papel”.³

Jellinek también llegó, más tarde, a semejante conclusión, al afirmar que las normas jurídicas son importantes para confirmar el poder estatal, por lo que las fuerzas políticas se mueven según sus propias leyes, independientes de las formas jurídicas.⁴ El conflicto entre la dinámica constitucional y la Constitución, cristalizada en la fórmula clásica *derecho constitucional versus realidad constitucional*, justificaría, en homenaje a esta última, el reconocimiento de la “fuerza normativa de los hechos”, esto es, el reconocimiento de la realidad constitucional como fuente del derecho.⁵

La conmoción trágica de algunos ordenamientos constitucionales, como fue el de Weimar, justificó el regreso al tema de la crisis de la Constitución, sintetizada en fuertes fórmulas, como la “disolución de la Constitución”, la “pérdida del sentimiento constitucional”, “capitulación de la Constitución ante la dinámica de las fuerzas políticas”, decadencia de la fuerza normativa de la Constitución ante la normalidad social”.

¹ Burdeau, George, “Une survivance: la notion de Constitution”, *L'évolution du Droit Public, Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956.

² Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es la Constitución?*, 2a. ed., México, Ariel, 1976.

³ *Idem*, p. 70.

⁴ Jellinek, G., *Teoría del Estado*, 2a. ed. (trad. Fernando de los Ríos Urruti), Buenos Aires, Albatros, 1943, p. 283; Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (trad. de Francisco Riebro Ayala), Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 41.

⁵ *Idem*, p. 292.

Como puede colegirse, nos encontramos ante un problema que no se resuelve mediante la enfatización pesimista de la "patología del derecho constitucional" o a través de una acrítica profesión de fe en la fuerza normativa de la Constitución. En la teoría de la Constitución se torna indispensable, pues, un breve momento reflexivo sobre el fenómeno de la crisis de la Constitución.

1. *De la Constitución como "concepto de lucha" (kampfbe-griff) hasta el positivismo conservador*

Las posturas antes aludidas tanto de Lasalle como de Jellinek, nos ofrecen puntualizaciones críticas paradigmáticas sobre la insuficiencia de la Constitución escrita. El primero denuncia aquello que más tarde se apuntó como déficit sustancial del constitucionalismo liberal: las Constituciones reflejaban la constelación política de un ideario progresivamente conservador, insensible a los problemas fundamentales del hombre de la calle y de las clases trabajadoras en su conjunto: el pan diario, el trabajo, la asistencia, la afirmación de una existencia menos enajenante, esto es, los derechos sociales y económicos, difícilmente encuadrables en una perspectiva liberal de la sociedad. Por otro lado, si bien el pueblo fue proclamado titular del poder constituyente, la verdad es que las Constituciones, como lo demuestra la larga permanencia del sufragio censitario, eran el producto racionalizante de la clase política burguesa (la verdadera Constitución real) y no la magna carta creada por el poder democrático del pueblo.

Si la crítica anterior se inserta en una perspectiva de sociologismo realista, la posición de Jellinek es típica de un positivismo jurídico conservador que privilegia las normas como deber-ser inmutable, cubriendo, metodológicamente, el ideario político de las monarquías dualistas. El positivismo normativista que le sigue, de inspiración kelseniana, al no admitir la comprensión material de la Constitución y al optar por un relativismo axiológico, acabaría por transformar la norma fundamental, jurídicamente pura, en descripción normológica de la "decisión pura" o del "poder puro".⁶

⁶ La neutralidad valorativa acabaría, en casos extremos, en una política de acomodación operante del fascismo, Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional* (trad. Pedro Cruz Villalón), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 9.

2. De la normatividad de la Constitución a la existencialidad de la decisión

Si entendemos la *Constitución* como acto de un poder constituyente, esto es, como una decisión sobre la forma y naturaleza de la unidad política,⁷ distinguiéndola de la *ley constitucional*, entonces la Constitución no está en una norma, sino en la simple decisión existencial de un poder decisorio. Se sacrifica así la normatividad, o sea, la Constitución positiva, para exaltar la existencialidad. Una *teología política* sustituye la ordenación normativa; un *derecho situación* u *orden concreto* se sobrepone al orden normativo constitucional.

3. De la crisis de la Constitución hacia la crisis de la política

El fenómeno de la *crisis* de la Constitución no se justifica apenas por la unilateralidad de su comprensión a través de las teorías jurídicas. La disolución de la Constitución se relaciona también con una especie de *crisis política de la misma*. Explicamos: si ésta aspira a ser un *elemento de orden y de unidad*, y aquélla a contener una *idea de derecho* coherente a ser realizada por los órganos del poder constitucionalmente legitimados (poderes constituidos), entonces parece innegable que varios factores, desde la estructura social interna hasta el orden jurídico supranacional, contribuyen para la relativización de la función de la Constitución. Por un lado, el pluralismo social, expresión de divergencias o antagonismos políticos, perturba decisivamente la función de unidad que se pretende inmanente a la Constitución; la creación de órdenes jurídicos supranacionales puede convertir a la Constitución en anacronismo jurídico; la ideologización de las Constituciones las convierte en "programas partidarios";⁸ la *personalización del poder* estatal conduce a la sustitución de la legitimidad constitucional por la legitimidad personal; la creación del mito de la *revolución a través de la ley*, mediante la Constitución, implica la disminución de la fuerza ordenadora de ésta ante la meta de la revolución.⁹

⁷ Schmitt, C., *op. cit.*, nota 4, pp. 32-36.

⁸ Forsthoff, E., "Problemas constitucionales del Estado social", *El Estado social* (trad. José Puente Egido), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 46-56; Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 43-46.

⁹ Smend, R., *Constitución y derecho constitucional* (trad. José Ma. Beneyto Pérez), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 78-92.

4. De una Constitución para una suprallegalidad constitucional

Ante la arrogancia de los poderes estatales o sociales, hecha efectiva a través de normas, se impone, según algunos, una fuerte reacción a través del *derecho natural* contra el legalismo y el positivismo; consecuentemente, si el derecho natural se dirige contra el derecho positivo, nada más natural que se llegue a un *derecho natural contra la Constitución*, tendiente a la defensa de la inconstitucionalidad de la propia Constitución.

Más allá de tal argumento, ante la tendencia de contraponer a una Constitución neutral una vinculada a valores (orden libre y democrático, democracia militante, dignidad humana), se vuelve nuevamente a la sumisión de la Constitución a las decisiones existenciales, convertidas en orden de valores superiores que pasarán a constituir una suprallegalidad en que se integra o disuelve al orden constitucional normativo concreto.¹⁰

5. De la crisis de la Constitución hacia la temática de la fuerza normativa de la Constitución

Sin responder a consideraciones sobre la justicia de las ideas antes señaladas en torno a la crisis de la Constitución, nos parece ilegítima la conclusión de que ésta es hoy un "instrumento jurídico pervertido", inútil y obsoleto. El pesimismo yacente respecto al impulso *tanático* de la Constitución incide en varios postulados que merecen una "repen-sada puntualización crítica". Así, y en primer lugar, consideramos que todavía no se superan las "precomprensiones" del positivismo jurídico o del positivismo sociológico, inevitablemente dirigidas a la separación entre *sein-solen, norma y realidad, Constitución y realidad constitucional*; ¹¹ de ahí la unilateral acentuación de una realidad sin norma o de una norma sin realidad. Además de esto, las "precomprensiones de la Constitución" son o presuponen "precomprensiones del Estado y de la sociedad". De esta forma, si se continúa apegado a la idea de una Constitución liberal organizativa, es evidente que no se comprende

¹⁰ *Idem*, pp. 165-189; Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 5-6. Respecto de algunas reflexiones en torno a la función de la interpretación constitucional como función de concreción por parte del operador jurídico *ad hoc*, véase por todos, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

¹¹ Smend, *op. cit.*, nota 9, p. 131.

que la Constitución tiene como tarea, además de asegurar la formación de la unidad política y la organización de los poderes, la *organización de la vida económica y social*. Quien enfatiza únicamente el momento estático de la Constitución, no comprende que sólo una *estructura dinámica* de Constitución salvaguarda el mantenimiento de su fuerza normativa, a través de su historicidad y de la posibilidad de su evolución. Quien se mantiene ligado a la idea de Constitución como cobertura normativa del *status quo*, no comprende su naturaleza "evocadora", o su parte de utopía concreta, o su apelación a tareas de conformación política (estructura programática).¹²

Si bien es cierto que la estructura dinámica y programática de la Constitución implica algunos riesgos, señalados sobre todo por Burdeau, no por ello se soslaya la solución de que aquéllos sólo podrán ser evitados si se tiene el cuidado de mantener la fuerza normativa de la Constitución a través de tomar conciencia de dos de sus límites. En primer lugar, si la Constitución es el estatuto de lo político, y si éste es, parafraseando a Bismark, el *arte de lo posible*, resulta necesario que la *tarea constitucional* proporcione espacios para *alternativas* constitucionales, que se refieren al contenido y a la praxis constitucional. El contenido debe adaptarse a las condiciones histórico-sociales concretas; los principios fundamentales deben ser suficientemente *elásticos* para acompañar al "metabolismo social" y posibilitar una *revisión constitucional* coherente a las mutaciones histórico-sociales; las estructuras constitucionales deben ellas mismas estar abiertas para evitar que la pureza de los principios no unidimensionalice el proceso de realización. De ahí que ciertos autores hablen del "*carácter fragmentario*" de la Constitución y de la necesidad de "*contraestructuras*",¹³ que refuercen su efectividad en el proceso político. Esta idea nos lleva a pensar en una teoría de la Constitución a la luz del pensamiento alternativo a que nos referiremos más adelante.

En segundo lugar, es evidente que la Constitución no tiene fuerza normativa si los participantes de la vida constitucional no se comprometen a la realización de sus tareas. La intensidad de la fuerza normativa es, también, una cuestión de *voluntad para la Constitución*,¹⁴ lo que significará en muchas ocasiones lucha por las posiciones constitucionales en una sociedad antagónica y explicará, consecuentemente, el regreso a la Constitución como concepto de lucha, librada por fuerzas sociales y eco-

¹² *Idem*, pp. 129-144; Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 8-16.

¹³ Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 24-30.

¹⁴ *Idem*, pp. 71 y 78-84.

nómicas, divergentes o conflictuales. La voluntad para la Constitución puede, así, ser una cuestión de compromiso o de conflicto. La *teoría de la constitución* es también una *teoría de la praxis de la Constitución*. Y si la *teoría de la Constitución* es también una *teoría de su praxis*,¹⁵ ella no puede construirse teórico-abstractamente, sin hacer uso de los hechos y fuerzas históricas. La fuerza normativa de la Constitución presupone una ordenación coherente y correlativa de la Constitución jurídica y de la Constitución real: es una "adaptación inteligente a lo dado", pudiendo o debiendo convertirse en una fuerza actuante y rectora cuando establece una determinada tarea.

III. CONSTITUCIÓN Y TIEMPO: DE UNA CONSTITUCIÓN "ATEMPORAL" A UNA CONSTITUCIÓN TEMPORALMENTE ADECUADA

No es desconocido el papel que el factor tiempo desempeña en la ciencia jurídica, a tal grado que no deja de ser analizado positiva o negativamente por la dogmática jurídica. Sin embargo, la doctrina parecía no tener tiempo para dedicarse al tiempo, de ahí que sus análisis se redujesen a "fórmulas lapidarias" que no siempre correspondían a la realidad de las cosas. Recordemos la síntesis de Otto Mayer al referirse a la permanencia del derecho administrativo en contraposición con el derecho constitucional, y el esquema más reciente de G. Husserl al identificar al legislador como el hombre del futuro, al administrador como hombre del presente y al juez como hombre del pasado.¹⁶

Pero además de fórmulas-síntesis, muchos problemas determinaban la necesaria entrada en el tiempo: derecho y política, derecho constitucional y realidad constitucional, alteraciones constitucionales y mutaciones constitucionales silenciosas, Constitución como *law in the books* o como *law in action*, caducidad constitucional o inconstitucionalidad superviniente. No obstante, sólo más recientemente el tiempo fue considerado como elemento positivo de una teoría de la Constitución. El paso de una Constitución "destemporalizada" a una temporalmente caracterizada, merece algunas consideraciones con valor meramente tópico.

a) La introducción del factor tiempo en la comprensión constitucional equivale a una especie de ontologización temporal, o la transformación del tiempo en un *movens*, o también en un sujeto de la historia.

¹⁵ *Idem*, pp. 72-73, y 80 y ss.

¹⁶ *Idem*, pp. 19-26.

El tiempo es apenas una dimensión de un problema conformado por fuerzas y factores, intereses de clase o grupo, ideas y experiencias que se agitan en el proceso histórico.

b) La comprensión temporal de la Constitución es una superación positiva de la idea de comprensión de Constitución como orden ahistórico fundamental del Estado. La concepción de que el derecho constitucional y, en general, el derecho público son el prototipo de un orden ahistórico que es enemiga de la evolución porque, en el fondo, está alejada de la realidad, debe ser rechazada. Esta concepción es producto de una comprensión errada que, históricamente, se puede ligar a varias raíces político-filosófico-jurídicas: 1) al racionalismo iluminista, que consideraba la Constitución como un producto de la razón intemporal; 2) al positivismo jurídico estatal, que después de la "domesticación de la Constitución" (*vid.* lo que se dice líneas arriba respecto de la Constitución como voluntad de Constitución) y de la adopción de una postura metodológica anclada en una separación absoluta entre *sein* y *sollen*, en la senda del neokantismo filosófico, acabó por reducir la Constitución al texto constitucional, eliminando del derecho constitucional las consideraciones históricas, políticas y filosóficas, o sea, aquellas que implicaran una dialéctica temporal del "fenómeno" Constitución; 3) al conservadurismo político, que interesado en un orden constitucional estático (consagrador de los intereses dominantes) y apoyado en una teoría de preferencias políticas relativamente homogénea, reducía la Constitución a una cristalización organizativa de competencias y relegaba los cambios constitucionales hacia el terreno de los fenómenos patológicos o extrajurídicos; 4) al dualismo Estado-sociedad, que en el campo jurídico se traducía en la oposición de una estática estatal a una dinámica contractual (de la sociedad civil); la ley del Estado era un acto general y abstracto con vocación de intemporalidad y el acto administrativo un instrumento funcionalmente ordenador (de ahí que los actos del Estado fuesen visualizados en su función limitativa de garante del orden), al tiempo que el contrato privado (de la sociedad civil) representaba el pulso de los sujetos activos en la relación horizontal del mercado libre.

c) Contra estas ideas se defiende hoy la concepción de una "Constitución abierta al tiempo",¹⁷ demostrándose desde luego, la correlativa ordenación del derecho y la realidad, y el efecto dialéctico recíproco entre norma y realidad. Esto, que ya había sido señalado en la década de los veinte,¹⁸ recibe hoy nuevos impulsos metodológicos, de los que

¹⁷ *Idem*, p. 19.

¹⁸ Smend, *op. cit.*, nota 9, pp. 131-134.

son ejemplos convincentes la concepción de la norma constitucional como conjunto de un elemento normativo y de un dominio de realidad preestructurada al cual se refiere el programa normativo y, en un ámbito más vasto, la discusión hermenéutica que pone énfasis en el acto de *comprensión* de la esencialidad del momento *experiencia* del texto y del sujeto, acentúa la ininteligibilidad del derecho como algo estático y la necesidad de mayor atención al momento de *concretación*,¹⁹ indisolublemente ligado a la propia historicidad de la vida a ordenar. No sorprende, pues, que la dimensión de temporalidad sea introducida en la Constitución y que los autores se refieran a la necesidad de conciliar un pensamiento de realidad con o junto al pensamiento de posibilidad (futuro), y que la Constitución sea considerada como "imposición y tarea para el tiempo futuro" o, en la concepción marxista, como programa en blanco.

d) Por otro lado, y también en el campo de la discusión hermenéutica, Habermas, al introducir el interés del *conocimiento emancipatorio* (al lado de los intereses cognitivos, técnico y comunicativo), refuerza una corriente de interpretación constitucional que apunta, en relación con determinados preceptos constitucionales, hacia la necesidad de contraponer a la interpretación defensora del mantenimiento de las relaciones de dominio existentes, otra interpretación, encaminada a la transformación del *status quo*. Estamos ante el *uso alternativo del derecho*.²⁰ Así, ciertas cláusulas o imposiciones contenidas en las Constituciones (por ejemplo, el principio democrático), podrían favorecer la dinamización de la comprensión constitucional si fuesen interpretadas como *fórmulas de emancipación*, a las cuales es inherente una dimensión de deber histórico.

e) Si la discusión hermenéutica pone en relieve el significado de la *experiencia* objetiva y subjetiva, particularmente importante en el ámbito de la aplicación-concretación del derecho constitucional, sobresale también hoy, el significado de una *poscomprensión* en el proceso de comprensión de la Constitución.

Todos los elementos que son *entregados* más tarde al intérprete, y que resultan de la evolución, cambio de autocomprensión, proceso de socialización y publicidad crítica, deben ser incluidos en la interpretación posterior de las normas constitucionales. En este sentido se podrá afirmar que la *poscomprensión* y la *precomprensión* del futuro,²¹ es la idea

¹⁹ Hesse, *op. cit.*, nota 6, p. 29.

²⁰ Barcolonna, Pietro, *L'uso alternativo del diritto*, Roma, Bari, 1973.

²¹ Häberle, Peter, "Zeit und Verfassung", *Zeitschrift für Politik*, núm. 21, 1974,

que nuevamente apunta hacia la conscientización temporal de la Constitución.

f) Una comprensión temporalmente adecuada no excluye el que se llame la atención hacia un entendimiento normativo-procesal de la ley fundamental; ésta es una ley en acción (*law in public action*), un proceso público que se va desarrollando y adaptando, que va legitimando su propia realidad a través del proceso público de su realización.

g) Si la Constitución es una ley en acción, nada más natural que el factor tiempo sea mencionado a propósito de las *alteraciones constitucionales*. El mantenimiento de la Constitución a la "altura del tiempo" justificará, desde luego, las mutaciones constitucionales al nivel de la interpretación, desde que éstas cedan en el programa normativo. Por otro lado, la experiencia constitucional puede ofrecer elementos para asegurar la vitalidad de la Constitución a través de *revisiones* constitucionales, que deben ser fundamentalmente examinadas a partir de la "naturaleza y función de la Constitución". De este modo, se han de tener en cuenta los límites de la revisión a efectos de evitar un exceso de *reforma constitucional*, también son de tomar en cuenta los elementos políticos y legislativos que, en la vida y vivencia constitucional, apunten hacia futuras alteraciones formales, virtud de que podrán ser un preefecto de las revisiones posteriores, bajo la condición necesaria de que se sitúen en el campo de la constitucionalidad, so pena de aceptar que una práctica inconstitucional haga efectiva anticipadamente la revisión de la Constitución. *Factum brutus non est constitutionem*. Una realidad jurídica inconstitucional no es una realidad de derecho, sin embargo, no debe olvidarse que una teoría de la Constitución que se pretende temporalmente adecuada, si no quiere convertirse en una Constitución de facto, debe lograr que la Constitución jurídica permanentemente aspire a convertirse en realidad. Esto mismo se constató a propósito de la fuerza normativa de la Constitución.

IV. LA CONSTITUCIÓN COMO "OBRA ABIERTA": ¿LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO TEORÍA DE ALTERNATIVAS O DE USO ALTERNATIVO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL?

Obra abierta es el título de una obra de U. Ecco que ganó justa resonancia en los medios literarios, sobre todo lingüísticos; *The Open Socie-*

ty and its Enemies (Sociedad abierta y sus enemigos) es el título y *leitmotiv* obsesivo de K. Popper²² en su lucha ideológica en favor de lo que llama sociedad abierta; *Offenheit der Verfassung* (Apertura de la Constitución) es la propuesta de K. Hesse,²³ en el campo de la teoría de la Constitución, intentando superar el escrito integracionista de Smend;²⁴ *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (Teoría de la Constitución democrática a la luz del pensamiento de la posibilidad) es el título de una obra reciente de Häberle,²⁵ centrado sobre la necesidad del pensamiento de la posibilidad o pensamiento alternativo pluralista, a desempeñar un papel relevante en la renovación de la teoría de la Constitución. Como podemos observar, la "apertura" se convierte, pues, en tema de moda del pensamiento científico-social; sin embargo, la obra abierta de Ecco no es lo mismo que la "sociedad abierta" de K. Popper.

¿Qué se pretende con la "apertura" de la Constitución?

Fundamentalmente, como el pensamiento alternativo, en la senda del racionalismo crítico popperiano, se pretende introducir en la teoría de la Constitución el *ethos* jurídico del pensamiento de la posibilidad (en conexión con el pensamiento de realidad y con el pensamiento de necesidad). Esto conducirá a la exigencia de que la Constitución cree, mantenga y desarrolle instrumentos, procesos o institutos encaminados a alternativas prácticas. Es indudable que en las Constituciones deben existir "aperturas" para alternativas teóricas y prácticas: desde el principio democrático con las exigencias típicas del estado de partidos (oposición, publicidad crítica, libre formación de partidos sin cláusulas barrera) hasta la multifuncionalidad de los derechos fundamentales, pasando por la democratización del interés público y la institucionalización de las revisiones constitucionales; todo esto apunta, conjuntamente con procesos legislativos y administrativos abiertos y con una teoría de la interpretación también abierta (en cuanto a los sujetos, en cuanto a la posibilidad de la publicación de los votos disidentes en los tribunales), a una teoría de la Constitución basada en un pensamiento de posibilidad.²⁶

²² *Idem*, p. 25.

²³ *Vid. supra*, nota 16.

²⁴ La primera y segunda parte del libro *Constitución y derecho constitucional* del autor en cita, expresan su teoría de la integración, *op. cit.*, nota 9, particularmente pp. 62-127.

²⁵ Gomes Canotilho, *op. cit.*, nota 21, p. 30.

²⁶ *Idem*, p. 27.

La aceptación positiva de una teoría del pensamiento alternativo en el seno de la teoría de la Constitución presupone, naturalmente, una teoría constitucional de reformas, pero también (en esto nos apartamos ya del racionalismo crítico) una teoría constitucional del uso alternativo del derecho, en la cual la libertad de pensar de otro modo, de que hablaba Rosa Luxemburgo, es más que un simple reformismo. De acuerdo con el hilo discursivo es oportuno aludir a una reserva fundamental a la teoría del pensamiento alternativo. Esta teoría no puede implicar una adhesión al *background* ideológico del neopositivismo o de la tecnología social, tal como se deduce en las obras de Popper y sus adeptos. Como efecto, el concepto de *picamal social engineering* u otros conceptos próximos (“técnica social de los problemas particulares”, “técnica social aplicada caso por caso”, “técnica *ad hoc*”, “técnica casual-casística”) arrancan de una contraposición radical como el historicismo y utopismo, caricaturescamente configurados como proyectos de “medidas sociales totales”, “método de planificación global”, “técnica social utópica” que, al aspirar a una nueva construcción del orden social global, sólo pueden obtenerla a través de una conducción política autoritaria. Una democracia planificada correspondería a un programa holístico-historicista, aniquilador de la “sociedad abierta”.

Independientemente de las concepciones teórico-cognitivas de Popper (imposibilidad científica del conocimiento de la verdad y necesidad de un proceso gradual de *trial and error* como esencial en el proceso de conocimiento), la verdad es que al rechazar la “razón total” de los *utopian engineer*, orientados hacia el cambio global, y al insistir que sólo la técnica social de casos posibilita alternativas válidas, sin perturbar la “apertura” de la sociedad, el pensamiento alternativo oculta, atrás de su “miedo racionalista” y de su “cientificación de la política”, una barrera para alternativas fuera del sistema. Por otro lado, tal como ya se observó, el correlato práctico de este pensamiento es, muchas veces, un programatismo oportunista que empuja a enfrentamientos esenciales y activa la despolitización, transformando la racionalidad tecnocrática y desicionista en un catalizador de conformismo.

La segunda reserva es la de que el pensamiento alternativo y el racionalismo crítico no vuelven clara la dimensión normativa ni los límites de las alternativas. Parece que el pensamiento de posibilidad presupone el mantenimiento del elemento normativo constitucional, de donde se deduce que el máximo a que puede aspirar es la cláusula de reformas, conducentes, en última instancia, a una alteración de la Constitución. Además de esto, las alternativas sólo podrán insertarse en el

ámbito más vasto del ejercicio del poder constituyente y de las rupturas constitucionales.

V. LA CONSTITUCIÓN COMO "PLANO GLOBAL NORMATIVO".
¿CONSTITUCIÓN COMO "MEDIDA" O "EXCESO DE CONSTITUCIÓN"?

Ligado con la cuestión de la "apertura" de las leyes fundamentales y con las exigencias del pensamiento alternativo, existe otro problema que afronta la teoría de la Constitución, a saber: si la tendencia actual hacia una "reserva total de Constitución" implica los riesgos de caer en un "totalitarismo constitucional". De cara a la atribución a la ley fundamental del carácter de orden global normativo de las relaciones existenciales concretas y no sólo del carácter de un orden parcial fijador de las competencias estatales, se plantea la cuestión de si la Constitución no derivará hacia un exceso, perjudicial a su propia fuerza normativa. Al lado de una nueva comprensión del sentido de la vinculación legislativa en relación con la Constitución, traducida en el postulado de indisponibilidad legal del derecho constitucional y en la exigencia ineliminable de la Constitución como medida sustancial de los actos legislativos, se viene cercenando la libertad de conformación del legislador y, consecuentemente, de las fuerzas políticas activas. Se pregunta, por lo tanto, si esto no llevará, repetimos, a un "exceso de carga constitucional". Partir de un concepto de Constitución como "imposición general" o como fuente inagotable de contenidos detallados, no dejando al legislador y al gobierno más que su "concretación" o "actualización", implica la transformación de la ley fundamental en "senda de hierro espiritual y social", "en super yo político" que, en el fondo, revela un pensamiento liberal-mesiánico, elevado al rango de una Constitución concebida como *Ersatz* (sustitución) de la religión. Este totalitarismo constitucional, a costa de querer realizar "utopías concretas", acabaría, finalmente, no por transformar la Constitución escrita como cobertura normativa total de la realidad constitucional, sino por operar una tajante separación entre *ideia* (Constitución) y la realidad, entre *pays légal* y *pays réel*, lo que conduce a un déficit absoluto de Constitución al lado de la facticidad política.²⁷

Por otro lado, si la actividad del legislador se transforma en simple ejecución de la Constitución, se incrementan los peligros del "totalitarismo constitucional", obstructivo de la evolución político-espiritual. En

²⁷ Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 71-84.

esta denuncia patética del "imperialismo constitucional" van implícitas ciertas "precomprensiones" que no suscribimos:

a) La idea de la Constitución como plano global normativo no se identifica con un orden de totalidad social; lo que ella no puede ser, en los tiempos actuales, es un simple cuerpo organizatorio del Estado. A pretexto de la necesaria incompletitud y apertura de la Constitución (la Constitución regula pero no codifica), lo que al final se está intentando es recuperar la vieja concepción de separación Estado-sociedad y la concepción de Constitución que le es subyacente, o sea, una Constitución limitada a funciones de organización y delimitación de la actividad de decisión política (una Constitución del Estado liberal burgués), contra una Constitución comprendida como estatuto de la *res publica* o de la comunidad.²⁸ Por otro lado, la idea de libertad que se agita es, de nuevo, una libertad preestatal (preconstitucional); es la libertad reducible a una esfera individual libre del Estado.

b) La indisponibilidad de la Constitución por el legislador y la exigencia de un fundamento o autorización constitucional materialmente vinculativo, sólo significa la vinculación del legislador a la Constitución y el refuerzo de ésta como medida de legislación.²⁹ Esto no implica la supresión de la inevitable libertad de conformación del legislador y la reducción de la realización de la Constitución a una tarea ejecutiva, semejante a los actos o reglamentos administrativos en relación con la ley. La exigencia de la Constitución como medida material de los actos legislativos (en el fondo es éste el verdadero sentido del principio de constitucionalidad), se destina a evitar que el legislador, a cobijo de su indiscutible poder, convierta las medidas legales en medidas constitucionales, con el consecuente peligro de la sustitución del "principio de constitucionalidad de las leyes" por el principio subversor de la "Constitución según las leyes".

c) Finalmente, la pretendida inaceptabilidad de una Constitución como imposición general puede ser indicio de un realismo normativo que en vez de aplicar el derecho a la realidad, tiende a la aplicación de la realidad al derecho, renunciando a la intención rectora y conformadora de la Constitución, o de un falso positivismo que apreciaremos a continuación.

²⁸ Miranda, Jorge, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, pp. 168 y ss. Gomes Canotilho-Vital Moreira, *Constituição da República portuguesa, anotada*, Coimbra, 1978, p. 13.

²⁹ Gomes Canotilho, *op. cit.*, nota 21, pp. 541-561.

VI. UNA CONSTITUCIÓN COMO LEY FUNDAMENTAL, PERO NO UNA
CONSTITUCIÓN TÉCNICA DE UN ESTADO TÉCNICO.
CONTRA EL PSEUDOPOSITIVISMO EN LA TEORÍA
DE LA CONSTITUCIÓN

La tendencia detectada en algunas posiciones teórico-constitucionales hacia un concepto antiformal de la Constitución, expresada en la exigencia de la vinculación de la forma constitucional positiva a principios materiales ubicados fuera de la Constitución, fue combatida en tanto "introversión" del estado de derecho.³⁰

Según Forsthoff, los problemas de la Constitución serían nada más y nada menos que problemas de la ley constitucional, pudiendo ser interpretada en su significado y controlada en su ejecución a través de las reglas clásicas de interpretación de las leyes. Más aún, la idea de constitución del estado de derecho como un sistema de artificios técnico-jurídicos para garantizar la libertad, esconde una concepción de ley fundamental próxima de la Constitución liberal y hasta de una Constitución en blanco, en la medida en que "sus elementos estructurales adquieren necesariamente un carácter técnico", revelándose el sistema constitucional tecnificado totalmente refractario a todas las tentativas para conferirle un contenido material.³¹ En esta perspectiva, no es de admirar que en el adjetivo *social*, de la expresión Estado social, se vea un estrechamiento y disminución del estado de derecho que obliga a una opción por el estado de derecho.³²

La tentativa de positivación-tecnificación de la ley fundamental esconde, así, motivaciones más profundas, que se vuelven transparentes cuando la crítica a la "destrucción de la Constitución jurídica", conduce a la defensa de la autonomía entre estado de derecho y estado social. La Constitución no puede ser una ley social y el estado de derecho y el estado social son diferentes, por no decir antagónicos, en cuanto a sus intenciones. Esto justificaría la "desconstitucionalización" del elemento social para transferirlo al dominio de la administración. Con ello se hace patente que con la insistencia en la tecnicidad del estado de derecho y en la positividad de la ley constitucional se pretende abstraer los contenidos sociales, remitiendo las normas constitucionales socialmente significativas al dominio de las normas programáticas sin carácter normativo.

³⁰ Forsthoff, E., *Stato de diritto in trasformazione* (trad. al italiano de Carlo Almirante), Milán, Giuffrè Editore, 1973, p. 198.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

El positivismo del Estado técnico es, al final, un positivismo selectivo (pseudopositivismo) que pretende expulsar de las Constituciones los elementos positivos de fines políticos-sociales y económicos, argumentando nuevamente un estado de derecho formal, pretendidamente neutro. Una racionalidad weberiana conjugada con un neokantismo supe- rado, enmascaran, pues, un retrógrado y *unidimensionalizante* concepto de constitución.³³

VII. UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN SIN INTEGRACIONISMO: CONSENSO, COMPROMISO Y TENSIÓN COMO PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

Scheuner³⁴ recordó recientemente que sobre la teoría de la Constitución pesan herencias de las teorías del Estado: *a)* la idea de unidad del Estado, en un proceso de simbiosis de elementos hegelianos con concepciones organicistas, da origen a que se vea siempre en los procesos de vida constitucional una manifestación de Dasein estatal; *b)* la teoría de un estado de derecho formal, al limitarse a la afirmación de subordinación del estado al derecho, acaba por desprestigiar la propia afirmación del derecho, el efecto recíproco de derecho y poder político, y reconducir el problema de la Constitución y de la ley a un flujo de voluntad del Estado, sin atender a su contenido y condicionamientos extrajurídicos.

Al lado de los residuos del idealismo objetivo hegeliano y del organicismo, en su reflejo en una teoría del Estado, puede decirse que la superación de la concepción formal de Constitución, bien a través de la idea de integración de Smend,³⁵ que descansa en un armonismo artificial de valores y fuerzas espirituales, bien a través de la idea de decisión de Schmitt,³⁶ que arrancando de una especie de conflicto existencial terminaba en un humanismo decisorio, eliminador de los elementos de tensión o disenso, no consiguió llegar a una teoría de la Constitución captadora de los problemas fundamentales del Estado y de la sociedad.

Ante este peso dogmático, es natural que el ansia de una unidad presupuesta y superior se quiera transferir hoy hacia la teoría de la Constitución, transformando ésta en un esquema de antigua "unidad de Estado". No obstante, una Constitución puede tener una función de

³³ *Idem*, pp. 119 y ss.

³⁴ Citado por Gomes Canotilho, *op. cit.*, nota 21, p. 35.

³⁵ Smend, *op. cit.*, nota 9.

³⁶ Schmitt, C., *op. cit.*, nota 4.

“dirigente” y una aspiración de unidad (de ahí, verbigracia, los principios interpretativos de la unidad de la Constitución y de concordancia práctica) e, independientemente de la deseabilidad de que un orden consistente de preferencias sociales pueda eventualmente fijar un *modelo de tolerancia máxima*, sólo una Constitución esquemáticamente organizatoria y no únicamente una Constitución conformadora y definidora de la vida social y de los fines políticos, lograría obtener un universalismo interno y una armoniosidad cuasiaxiomática. Pero si la Constitución se dirige a una sociedad dominada por agudas divisiones sociales y económicas, reveladoras de divergencias o de antagonismos de intereses y de ideas, no puede disfrazar, a través de pretendidas neutralidades y reducciones ideológicas, aquello que realmente es: un *compromiso*. Las preocupaciones de la teoría de la Constitución se centran no sólo en los elementos de *integración y orden*, sino también en los elementos de *consenso, de compromiso y de tensión política*. Los elementos de tensión dialéctica o las contra-estructuras de que habla Hesse no son instrumentos de disolución de la teoría de la Constitución; son componentes necesarios de una comprensión dinámica de la ley fundamental.³⁷

Dadas las consideraciones anteriores, y esto es una reserva indispensable, no se trata de transferir de plano hacia la teoría de la Constitución, el problema hermenéutico del consenso como *criterio de verdad o justicia*. Esto nos conduciría a una discusión más compleja que podría ir desde el proceso cognoscitivo de consenso al propio contenido de consenso, de donde surgirían inevitablemente los problemas de un consenso cultural y de un consenso antropológico (el hombre o la persona como fundamento unitario) que rebasarían el alcance de los presentes tópicos. Se pretende tan sólo subrayar la idea de que no siendo homogénea la sociedad en que una Constitución germina y sobre la cual va a actuar, presentará un carácter compromisorio sin pretensiones de integracionismo. Es ésta, por lo demás, una idea muy antigua que se remonta a Aristóteles, Polibio, Cicerón, y que se traducía en reunir una Constitución (formas de Estado), con elementos de cuadros políticos diversos. Es la llamada idea de Constitución mixta la que encontrará expresión en Constituciones como la Portuguesa, como en lo referente a la conciliación de unidad del Estado con la autonomía regional, de la libertad económica con el plano estatal, de la democracia representativa con la

³⁷ Zippellius, Reinhold, *Teoría general del Estado (Ciencia de la política)* (trad. de Héctor Fix-Fierro), México, UNAM, 1985, pp. 53-57.

democracia participativa, de los derechos de defensa de los ciudadanos con los derechos sociales, económicos y culturales.³⁸

VIII. UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN SIN DERECHO NATURAL. CONTRA LA RELATIVIZACIÓN DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

No obstante la influencia que se pretende atribuir a la *fuera normativa del derecho natural* en el proceso constituyente de las Constituciones de la posguerra, reconociéndole una *función dirigente* como reacción contra un arbitrio estatal que tiene expresión concreta en experiencias históricas recientes, la *teoría de la constitución* más representativa se ha desarrollado más allá del derecho natural. En vez de la insistencia en la desgastada antítesis derecho natural-positivismo, la teoría y la praxis constitucional procura sustentarse en principios constitucionales, en principios materiales y procesales, argumentos y fundamentos completamente autónomos en relación con el derecho natural. Así es que, por ejemplo, en las discusiones trabadas en torno a temas tan polémicos como Estado-sociedad, estado de derecho-estado social, división de poderes, publicidad, política, interés público, parece que se ha despedido el derecho natural como punto de apoyo para una coherente teoría de la Constitución.³⁹

Sin pretender adentrarnos en una discusión que quizá correría el riesgo de caer en un filosofismo diletante, nos parece conveniente adelantar algunas ideas indispensables en una teoría de la Constitución.⁴⁰

1) La pretensión de vigencia del derecho natural y de sus principios (eterno e inmutables) contra el no derecho legalista (o constitucional) olvida o parece olvidar que, históricamente, no fue sólo la ley positiva el instrumento de perversión, sino también un pensamiento jurídico que se reclamaba de la esfera del suprapositivismo e, incluso, del derecho natural.

2) En segundo lugar, la lucha del derecho natural contra la Constitución o leyes puede no ser una lucha por un derecho justo, sino una lucha contra las cláusulas emancipatorias; el recurso al pensamiento antiposi-

³⁸ Gomes Canotilho, *op. cit.*, nota 21; Hesse, *op. cit.*, nota 6.

³⁹ Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 26-31; Smend, *op. cit.*, nota 9, pp. 129-137; Zippellius, *op. cit.*, nota 37, pp. 56-57.

⁴⁰ En lo que hace a las presentes puntualizaciones nos remitimos a la obra de Gomes Canotilho, *op. cit.*, nota 21, pp. 38-41.

tivista del derecho natural es la cobertura de una lucha ideológica y expresión de la propia reacción política.⁴¹

3) La influencia del derecho natural en la teoría de la Constitución refleja hoy una forma rudimentaria de distinción entre dos Constituciones: una jusnaturalista trascendente a la Constitución, y otra positiva, justificándose la prevalencia de aquella en relación con ésta. De manera enmascarada, se contesta el elemento jurídico-normativo (y no el positivo) cuando él se rebela contrastante con una pretendida Constitución trascendente. Ahora el recurso de una Constitución suprapositiva, como fundamento ontológico de la validez de la Constitución positiva (también en la corriente de la "naturaleza de las cosas"), es una concepción superada, por lo cual no sorprende que se pueda afirmar que el pensamiento de la naturaleza de las cosas, de inspiración jusnaturalista, considerado como fuente jurídica extralegal que se postula como de valor superior en relación con el orden jurídico positivo y que aspira a una incidencia hermenéutica en las estructuras de ser y sentido, valor y deber-ser de este orden, no tiene lugar en una metódica del derecho constitucional y en una teoría de la Constitución.

4) Las consideraciones anteriores en nada perjudican la importancia, para la teoría de la Constitución, de tres aspectos fundamentales, a saber: a) la cuestión de validez material de la Constitución y de ahí los esfuerzos en el sentido de una Constitución material; b) el problema del proceso de fijación del derecho; c) el propio problema de la positivación de la competencia para el conocimiento del derecho.

En esta perspectiva, una teoría de principios jurídicos materiales que no se pretenda identificar con el derecho natural, sino que presuponga la indisponibilidad del derecho constitucional, tiene que justificar cómo pueden ser reconocidos esos principios, o qué es lo que ellos intrínsecamente afirman y a quién pretencen, para que una sociedad organizada, pueda reconocer esos principios. En este aspecto, la teoría de la Constitución no puede contentarse con la doctrina de que la idea del derecho en sí misma promueve la positividad del derecho, como no puede satisfacer, para conocer de la esencia del derecho, con la intuición o la evidencia. Por esto, las soluciones a la cuestión que se pretendan *autónomas* y *racionales* tienen que renunciar a "justicias" ontologizadas o dogmatizadas y recurrir a principios, materiales sí, pero que no sean entelequias ahistóricas o simples metareglas, sin fuerza para concretar una teoría de la Constitución. Esto justifica el tránsito de

⁴¹ *Idem*, p. 39.

una teoría apenas material de Constitución hacia una comprensión constitucional anclada en la materialización de la norma, de modo tal que pueda afirmarse que estamos no sólo ante una *teoría material* de la Constitución sino también ante una *teoría normativa*.

IX. UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN SIN "TIRANÍA DE VALORES".
CONTRA LA RELATIVIZACIÓN DE LA NORMATIVIDAD
JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

En uno de sus dos últimos trabajos C. Schmitt señaló los peligros de la *tiranía de los valores* (*tyrannei der werte*),⁴² o sea, los peligros de una jurisprudencia que se atribuía la realización o ejecución inmediata de los valores. Ya antes de él, Forsthoff había llamado la atención respecto a la necesidad de considerar a la Constitución como ley constitucional. Independientemente de las intenciones de este pseudopositivismo, y no obstante las dificultades suscitadas por las diversas precomprensiones constitucionales, parece correcto que la Constitución, como cualquier ley, no puede abdicar de un fundamento jurídico normativo.⁴³

X. DE LA CRISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN CRÍTICA: DE UNA FUNCIÓN
HERMENÉUTICA DE TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN PARA UNA FUNCIÓN
CRÍTICA

Surgida a la altura de un vaciamiento intrínseco del derecho constitucional,⁴⁴ la teoría de la Constitución desempeña cada vez más una función de hermenéutica constitucional: en la medida en que se insiste hoy en el proceso de concretación del derecho, se subraya la importancia en la interpretación-concretación de la experiencia subjetiva y objetiva, y se juzga indispensable la toma en consideración de las fuerzas y factores operantes en la concretación del derecho constitucional, cada vez más una teoría del derecho constitucional debe ser hermenéuticamente iluminada por la teoría de la Constitución. En este sentido se habla hoy de una función hermenéutica de la teoría de la Constitución al lado del derecho constitucional. Manteniendo incluso una posición

⁴² Citado por Gomes Canotilho, *op. cit.*, nota 21, p. 41.

⁴³ Hesse, *op. cit.*, nota 6, pp. 5-6.

⁴⁴ *Idem*, p. 3.

que postula necesariamente una comprensión normativa de "instancia jurídica", nos parece, en verdad, que una doctrina o teoría del derecho constitucional estaría hoy sentenciada al fracaso, como aconteció con la teoría de la Constitución kelseniana. Por ello se considera que la doctrina del derecho constitucional debe continuar unida a una teoría de la Constitución y al axioma fundamental de ésta, a saber: la insuficiencia de simple positividad del derecho para una organización política justa de la sociedad y la frontal oposición antipositivista contra los prejuicios de los juristas y de sus hábitos de reducción de la realidad constitucional a las normas e instituciones jurídicas. Es también evidente que no basta apelar —de forma platónica como muchos actualmente hacen— por la necesidad del derecho constitucional de tener en cuenta la realidad constitucional, la dinámica política, los conflictos sociales y las fuerzas políticas. Como la propia doctrina alemana reconoce, la *crisis del Estado constitucional* vuelve a plantear el problema de la verdadera función de la Constitución en un proceso político complejo, en el que se desarrollan y combaten fuerzas políticamente antagónicas. Aquí reside la apelación a la politología, traducido bien en recurso a la *political science americana*, bien en la revigORIZACIÓN de la teoría marxista del Estado y del derecho. La teoría de la Constitución constituirá, en este punto, un excelente hilo de unión para la discusión crítica de las modernas teorías de la sociedad, convirtiéndose, así, en una forma de colaboración interdisciplinaria.

Además de la función hermenéutica, la teoría de la Constitución debe asumirse como instancia crítica; la teoría de la Constitución es también una teoría constitucional práctica que exige una permanente reflexión crítica sobre la práctica, sobre las estructuras y procesos sociales. Esta función práctica es más que una simple ideología de emancipación, de contornos individualistas, postulada por una dialéctica de razón negativa.

La función práctica de la teoría de la Constitución podrá también orientarse en el sentido de una "pedagogía cívica" reforzando la conscientización y formación de los ciudadanos, tradicionalmente remitidos en este campo a la teoría general del Estado.

La teoría de la Constitución, abordada en esta perspectiva, será apta para proporcionar la "cultura política" y posibilitar una vigilancia crítica en relación con la nube vaga de irracionalismo que despunta en los más diversos sectores —desde cierto neoespiritualismo hasta el antimarxismo militante, pasando por las pseudorenovaciones de los "nuevos filósofos"— y que, como es natural, siendo un fenómeno congénito de

los periodos de crisis, acaba necesariamente por refractarse amplificada-mente en el campo del derecho constitucional.⁴⁵

Finalmente, una teoría de la Constitución en su carácter de instancia crítica, no podrá ser reducida a una "especie de *Eulenspiegel* de más conciencia, de disciplina colateral"⁴⁶ que indique al derecho constitucional sus defectos. Y es que, por un lado, más que de crisis de la Constitución y del derecho constitucional, de lo que se debe hablar es de crisis del Estado;⁴⁷ por otro lado, la teoría de la Constitución, materialmente orientada, conduce necesariamente a teorías del Estado y de la sociedad, sobre las cuales no se puede pretender un consenso artificial a través de trascendencias culturales o antropológicas. El proceso de reideologización de los cambios estructurales obliga a la teoría de la Constitución a colocarse no sólo en una lógica de situaciones, sino también en el campo de la lucha de las diferentes "almas filosóficas y políticas".

En esta lucha, la conciencia hegeliana tal vez no resulte de la conciencia constitucional, sino de la conciencia política, divorciada de los problemas y necesidades del nuevo mundo.

María del Pilar HERNÁNDEZ MARTÍNEZ

⁴⁵ Maille, M., *L'état du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*, Grenoble, 1978; Poulantzas, Nicos *et al.*, *Crise do Estado*, Lisboa, 1978, p. 12.

⁴⁶ Carbonnier, Jean, *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 215.

⁴⁷ Forsthoft, *op. cit.*, nota 8, pp. 45-67; Poulantzas, *op. cit.*, nota 45, pp. 17 y ss.