

LA CONSTITUCIÓN Y SU ESTUDIO. UN EPISODIO EN LA FORJA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO: MÉTODO JURÍDICO Y RÉGIMEN POLÍTICO EN LA LLAMADA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE WEIMAR (I)¹

JAVIER RUIPÉREZ

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de La Coruña*

SUMARIO

- I. Sobre la oportunidad de esta Jornada.
- II. ¿Por qué mirar al debate de los constitucionalistas del período entre guerras?
- III. La incapacidad del iuspublicismo preweimariano para construir una Teoría de la Constitución como Derecho de la Libertad y de la Democracia.
- IV. La pervivencia del positivismo jurídico formalista en el período entre guerras y sus consecuencias.
- V. La contribución de la llamada «Teoría Constitucional de Weimar» a la consolidación del Derecho Constitucional europeo:

¹ Este trabajo se presentó a las *Jornadas sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional* organizadas por la revista *Teoría y Realidad Constitucional* el 16 de noviembre de 2007. La segunda parte del mismo (apartado V) se publicará en el número 22 de esta revista.

I. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE ESTA JORNADA

Para todos los que asistimos a esta Jornada, —formados como estamos en el ámbito de la vieja asignatura del «Derecho Político»—, es, sin duda, bien conocido que, en 1521, abría Nicolás de Maquiavelo su obra «*Dell'arte della guerra*»² con una referencia a Cosimo Rucellai. Referencia que tenía, en primer término, y de manera explícita, por objeto el proceder a la alabanza y a la honra del amigo, entre otras cosas, por su decisión de continuar con aquellas reuniones en los célebres *Orti Oricellari* que había iniciado su abuelo Bernardo. Pero, al mismo tiempo, y aunque de forma implícita, utilizaba sus palabras Maquiavelo para expresar su agradecimiento a Rucellai por haberle invitado a participar en aquellos encuentros. Y es que comprendía, en efecto, Maquiavelo que Cosimo había contribuido de manera decisiva en su formación al permitirle no sólo expresar libremente su opinión sobre los más variados problemas del gobierno, sino también confrontarla en un fructífero diálogo con aquellos otros insignes florentinos (Alamanni, Buondelmonti, Cavalcanti, della Palla, Guiccardini, Savonarola, Vettori, ect.) que acudían también a los *Orti Oricellari*.

Lo de menos es detenerse aquí a recordar, y ponderar, la importancia que tuvieron aquellas reuniones para el nacimiento de una ciencia autónoma dedicada al estudio del Estado, del Derecho y de la Política³, comprendidos como verdaderos problemas humanos y terrenales⁴ independientes, sino totalmente ajenos, de la moral y la religión⁵. Aunque, de cualquier modo, no está de más advertir que fue, justamente, en el marco de aquellas reuniones donde, si bien de una forma absolutamente dispersa y asistemática, Maquiavelo, anticipando ya el pensamiento del «Ciudadano de Ginebra»⁶, procedió a definir la Democracia desde una perspectiva que será la que, como, entre otros, ha puesto de manifiesto Hermann Heller⁷, se ha aceptado de manera general como la esencia misma de aquélla. Y es que, como nos dice el Profesor De Vega⁸, fue el concepto maquiavélico de Democracia el que, al combinar adecuadamente las ideas del «*vivere libero*» y el «*vivere civile*», permitió hacer real y efectivo el quiasmo no hay Democracia sin Libertad, como tampoco puede haber Libertad sin Democracia. Con ello, y esto es lo importante —y, en todo caso, lo que me-

2 Cfr. N. DE MAQUIAVELO, *Del arte de la guerra* (1521), Madrid, 1988, Libro I, págs. 9-11.

3 Sobre la idea de Maquiavelo como el verdadero fundador de la Ciencia Política moderna, cfr., por todos, H. HELLER, «Ciencia Política», en el vol. *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, 1996, págs. 90 y 98; S. GINER, *Historia del pensamiento social*, Barcelona, 1984, 4.ª ed., pág. 201; P. DE VEGA, «La Democracia como proceso (Algunas consideraciones desde el presente sobre el republicanismo de Maquiavelo)», en A. Guerra y J. F. Tezanos (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, 2003, pág. 470.

4 Cfr., en este sentido, N. DE MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1520), Madrid, 1987, Libro I, I, pág. 29.

5 Cfr. N. DE MAQUIAVELO, *El Príncipe* (1513), Madrid, 1988, cap. XXV, págs. 102-103.

6 Cfr., en este sentido, P. DE VEGA, «La Democracia como proceso...», cit., pág. 477.

7 Cfr. H. HELLER, *Las ideas políticas contemporáneas* (1930), Granada, 2004, págs. 45 y ss.

8 Cfr. P. DE VEGA, «La Democracia como proceso...», cit., págs. 473 y ss.; vid., también, pág. 468.

rece la pena destacar y recordar—, se sentaban las bases para la forja de un Derecho Constitucional entendido no como un conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso democrático puramente instrumental y formalista al margen de la Historia⁹, sino, muy al contrario, como el Derecho de la Democracia y de la Libertad, y que, por encima de cualquier criterio puramente jurídico, responde a la lógica de estas ideas.

Lo que, en realidad, nos interesa ahora, es que Maquiavelo justificó su actitud en el hecho de que Cosimo Rucellai había fallecido ya cuando él redactaba su obra. Esto es, que, porque al dirigirse a un muerto no cabe interpretar las alabanzas y los agradecimientos como un mecanismo para obtener alguna ventaja, sólo debe alabarse a quienes han fallecido, pero nunca a los vivos. Creencia que, desde 1521, parece haberse generalizado como regla de comportamiento «políticamente correcto».

Lo anterior, nadie puede ignorarlo, se ha hecho especialmente cierto entre los españoles. En efecto, es una costumbre muy arraigada entre nosotros, —y no sólo entre los constitucionalistas—, la de, salvo el cumplimiento de los meros deberes protocolarios, sólo hablar bien, reconocer los méritos o mostrar agradecimiento hacia los muertos. Y, además, esta práctica se lleva a tales extremos que la alabanza se realizará con independencia de que el finado lo merezca o no. Un magnífico ejemplo de esto último, como bien denunció el Presidente Azaña¹⁰, nos lo ofrece lo ocurrido con Angel Ganivet en los primeros años de la pasada centuria; de manera particular, cuando, con motivo de la llegada de sus restos a Madrid, en 1925, fue objeto de un segundo rebrote de gloria póstuma por parte de la dictadura de Primo de Rivera¹¹.

Se olvida con frecuencia que la actitud de Maquiavelo en «*Del arte de la guerra*», no fue la que tan ilustre florentino había seguido en otros momentos. Así, en efecto, nos encontramos con que tan sólo un año antes de publicar la citada obra, no dudó Maquiavelo, en 1520, en dedicar sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* a los, todavía vivos, Zanobi Buondelmonti y Cosimo Rucellai. Lo que hace tanto como muestra de amistad, como en reconocimiento (alabanza) a sus méritos y, por último, como agradecimiento a las atenciones que uno y otro habían tenido con el autor de «*El Príncipe*».

Es en esta perspectiva del Maquiavelo de los *Discorsi* en la que, al margen de cualquier ortodoxia protocolaria, —siempre impertinente, y siempre, por más sincera que sea, susceptible de ser interpretada en el sentido que el propio Maquiavelo quería evitar en 1521—, yo quisiera colocarme para referirme a esta «*Jornada sobre la orientación del Derecho Constitucional y su método*», —cuyos contenidos, continuadores de la problemática suscitada en los primeros nú-

9 Sobre esta problemática, cfr., por todos, P. DE VEGA, «En torno al concepto político de Constitución», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.) y otros, *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997, págs. 702-703; «La Democracia como proceso...», cit., págs. 461 y ss.

10 Cfr. M. AZAÑA, «El Idearium de Ganivet», en el vol. *Plumas y palabras* (1930), Barcelona, 1976, 2.ª ed., págs. 9-84.

11 Sobre esto último, cfr., por todos, S. JULIÁ, *Historias de las dos Españas*, Madrid, 2004, pág. 203.

meros de la revista¹², se recogerán en el número 21 de *Teoría y Realidad Constitucional*—, y a su director, Oscar Alzaga. En este sentido, y porque resulta obligado, he de comenzar por agradecer tanto su invitación, cursada en marzo de 2007, como su reiteración, en junio. Y con este fin, deseo situarme en la perspectiva maquiavélica, por un lado, porque mucho me temo que, como el florentino, tenga yo que escribir aquello de «no sé quien de nosotros debe estar menos agradecido: si yo a vosotros, que me habéis obligado a escribir lo que por mí mismo no hubiera escrito, o vosotros a mí, que, escribiéndolo, no os he complacido. Tomad, pues, esta obra como se toman siempre los dones de los amigos, donde se considera más la intención del que manda una cosa que la calidad de la cosa mandada»¹³. Circunstancia ésta que me lleva a realizar una doble disculpa: al anfitrión, al que, con Maquiavelo, tendría que decirle que «Os mando un presente que, si bien no se corresponde con las obligaciones que tengo con vosotros, es, sin duda, lo mejor que puede enviaros [...]. Porque en él he manifestado todo cuanto sé y cuanto me han enseñado una larga práctica y la continua lección de las cosas del mundo. Y no pudiendo, ni vosotros, ni nadie, esperar más de mí, tampoco os podéis quejar si no doy más»¹⁴. A cuantos oyesen, o leyesen, estas palabras, si es que, por mi torpeza expositiva, alguno de ellos pudiera, muy en contra de mi voluntad, sentirse ofendido con mis reflexiones.

Quisiera, y ya desde una perspectiva más general, agradecer y felicitar al Profesor Alzaga, y al resto de los miembros del Departamento de Derecho Político de la U.N.E.D., por su iniciativa y su empeño y diligencia en la convocatoria de esta Jornada. No existiendo hoy mecenas desinteresados como lo fueron Bernardo y Cosimo Rucellai, y dependiendo, por el contrario, los posibles simposios, congresos, seminarios, etc., del patrocinio externo, son en verdad muy pocas las ocasiones que tenemos los constitucionalistas para reunirnos a dialogar tranquilamente sobre problemas que a todos afectan. Casi ninguna o ninguna, desde luego, cuando de lo que se trata es de discutir no de los asuntos puntuales y coyunturales que puedan interesar a los poderes públicos o privados¹⁵ en su condición de *sponsors*, sino de cuestiones fundamentales sobre la

12 Vid. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, 1988, «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional» entre M. ARAGÓN, REYES, C. DE CABO MARTÍN, J. DE ESTEBAN ALONSO, A. GARRERENA MORALES, L. LÓPEZ GUERRA, I. MOLAS BATLLORI, págs. 15-61; P. LUCAS VERDÚ, «Una polémica obsoleta o una cuestión recurrente? Derecho Constitucional *versus* Derecho Político», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3, 1999, págs. 55-59.

13 N. DE MAQUIAVELO, *Discursos...*, cit., pág. 23.

14 *Ibidem*.

15 De acuerdo con el Prof. Lombardi, entendemos por «poderes privados» aquellos sujetos que, siendo formalmente sujetos de Derecho Privado, actúan en su relación con los particulares no en condiciones de igualdad y, en todo caso, sometidos al juego del principio de la autonomía de la voluntad, que es lo característico de las relaciones civiles, sino en situación de superioridad e imperio, que era, como nadie ignora, lo que de manera tradicional definía el obrar de la Administración Pública respecto de los administrados. Su importancia, por lo demás, resulta difícilmente discutible. Sobre todo, si se toma en consideración que, pese a la miopía demostrada por la mayoría de los Constituyentes [cfr., a este respecto, y por todos, P. DE VEGA, «Supuestos políticos y criterios

propia esencia de la Ciencia que, con mayor o menor fortuna, todos pretendemos cultivar. De ahí, también, el que debamos agradecer y felicitar a nuestro anfitrión por su decisión de convertir su «casa» en una suerte de remozados *Orti Oricellari* donde, retomando la dialéctica platónica, podamos confrontar nuestras disparejas opiniones sobre las Ciencias Constitucionales en una auténtica, y sana, meditación colectiva.

Por último, y todavía desde la perspectiva del Maquiavelo de los *Discorsi*, me creo en la obligación de dejar pública constancia de mi reconocimiento al Profesor Alzaga por la oportunidad que ha tenido en la convocatoria de este simposio. Y no me refiero, aunque también, al hecho de que, como consecuencia del proceso de integración europea, todos los universitarios nos encontremos, hoy, obligados a replantearnos el contenido de nuestras asignaturas para dar paso a la puesta en marcha del llamado «Espacio Europeo de Enseñanza Superior». Desde mi particular punto de vista, la importancia de esta reunión se encuentra en el momento histórico en que se produce y en el marco espacial en que se produce: la academia española. Me explico: el 29 de diciembre de 2008 se cumplirán los treinta primeros años de vigencia de la actual Constitución española. De esta suerte, nos hallamos, sin duda, ante un excelente momento para reflexionar sobre la manera en que los constitucionalistas hemos afrontado el extraordinario reto que aquella circunstancia, política e histórica, nos planteaba.

jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español», *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11, 1984, pág. 420], estos poderes privados, por un lado, condicionan el desarrollo de la vida de los individuos en su condición de sujetos privados, y, por otro, y no con una menor importancia, se encuentran presentes, y cada vez con mayor intensidad, en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales. De ahí, justamente, el que el constitucionalista no pueda, pese al silencio que al respecto mantiene la normativa constitucional, ignorarlos. Es menester, en este sentido, tener en cuenta que, como muy bien ha indicado Pedro DE VEGA, «cuando en nombre de la libertad se condena al Estado, se olvida siempre decir que lo que se ofrece como alternativa son unos poderes privados mucho más peligrosos para la libertad de los ciudadanos que el propio poder político, en la medida en que se trata de poderes cuya actuación no está sometida a [...] la vinculación positiva a la norma, como ocurre con el poder del Estado, sino a la vinculación negativa como poderes particulares. Esto es, por tratarse de poderes privados, se trata de poderes sin ningún tipo de control en los que, sarcásticamente, las ideas de poder y libertad se hacen coincidir. Porque son poderes sociales, son poderes con libertad absoluta, y porque son poderes absolutamente libres son poderes cada vez más peligrosos» [«Democracia, representación y partidos políticos (Consideraciones en torno al problema de la legitimidad)», en J. ASENSI SABATER (coord.) y otros, *Ciudadanos e instituciones en el Constitucionalismo actual*, Valencia, 1997, pág. 37]. Lo que, de manera irremediable, nos lleva a la conclusión de que la tarea del constitucionalista, como estudioso crítico de la realidad jurídico-política, sea la de hacer comprender que si de verdad se quiere hacer real y efectivo el principio de división de poderes, éste ya no puede plantearse, como hacía MONTESQUIEU [*Del espíritu de las leyes* (1748), Madrid, 1985, Libro XI, caps. IV y VI, págs. 106 y 113], como la confrontación entre Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, en cuyo seno se articularía un sistema de pesos y contrapesos en cuya virtud «el poder frene al poder», sino, muy al contrario, como la relación dialéctica entre el poder público o político y el poder privado; cfr., en este sentido, P. DE VEGA, *Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual*, Barcelona, 1998, pág. 30. Sobre el concepto de «poder privado», cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Turín, 1970, págs. 90 y ss.

De lo que se trata, en definitiva, es de interrogarnos sobre la labor que los constitucionalistas hemos desarrollado no como juristas prácticos, o ingenieros constitucionales, al servicio del poder para la puesta en marcha, desarrollo y consolidación del Estado democrático en España, sino en la condición de estudiosos a quienes, actuando desde la ideología del constitucionalismo y no desde la ideología de la Constitución¹⁶, compete la elaboración de una ciencia que permita, con su necesaria actualización en cada momento, hacer efectivos y reales todos aquellos principios y valores, singularmente las ideas de Libertad y Democracia, que determinaron históricamente el nacimiento del propio Estado Constitucional. Lo que, como es, por lo demás, obvio, nos obliga a determinar si, desde la aceptación del razonamiento formal e instrumental del jurista y de la consideración de que la estructura de la organización democrática del presente es una obra definitiva, la labor de los constitucionalistas españoles, como científicos, ha alcanzado su cima, de suerte tal que lo único que cabe hacer es felicitarnos y repetir lo hasta aquí hecho, o si, por el contrario, y reconociendo, naturalmente, su innegable e indiscutible contribución a la forja y consolidación de la democracia en España, es necesario replantearse los modos y las formas en que se ha procedido a la elaboración científica de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional entre nosotros a lo largo de todos estos años.

Ni que decir tiene que lo primero nos conduce, de uno u otro modo, a aquella posición mantenida por el idealismo. Posición que, en el ámbito jurídico-constitucional, condujo, de manera fundamental, a la Escuela Alemana de Derecho Público a la antidialéctica afirmación de que se podía elaborar un modelo ideal y, en cierto sentido, mítico al que debía adecuarse la propia realidad del Estado, la Política y el Derecho, y que si ésta no lo hacía, tanto peor para esa realidad¹⁷.

Lo segundo, por su parte, significa tomar conciencia de que acaso estemos haciendo irremediablemente reales aquellos peligros sobre los que, hace ya más de una década, advertía mi dilecto Maestro sobre el estado del constitucionalismo científico en la España de 1978. En este sentido, indicaba, en 1996, el Profesor De Vega que «Es verdad que la literatura político-constitucional del presente es memorable y meritoria. Pero no lo es menos que difícilmente podemos encontrar en ese acervo copioso media docena de trabajos a los que quepa calificar como importantes o definitivos. Salvando naturalmente las distancias se está produciendo un fenómeno similar al que protagonizaron nuestros clásicos del Siglo de Oro. Fueron muchas e inteligentes las obras de literatura política del Barroco. [...]. Sin embargo, si exceptuamos a un Suárez, un Vitoria o a un Soto, nadie podría espurgar en esa pléyade de nombres una sola creación verdaderamente significativa. [...] Mientras en Europa aparecían los

16 Sobre ambos conceptos y los problemas que plantea la actuación con uno u otro, cfr., por todos, P. DE VEGA, «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, 1998, págs. 32-36.

17 Cfr. P. DE VEGA, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, 1998, págs. 66-67.

grandes teóricos del Estado Moderno [...] se convirtieron nuestros clásicos en consejeros de príncipes, dando pábulo a la creación del arbitristo como método de análisis político. Fue entonces cuando la realidad de los auténticos problemas (que eran en definitiva del problemas del Estado como nueva forma de organización política, [...]) se sustituyó y se enmascaró en una realidad ficticia que fue la que, con indudable talento y evidente astucia, manejaron los arbitristas. De suerte que, habiendo sido España una de las primeras naciones que configuró con los Reyes Católicos un Estado Moderno, terminó siendo una de las últimas en percibirlo»¹⁸.

Comprendido de este modo el sentido de esta Jornada, lo que me propongo en estas páginas, no es el presentar un proyecto definitivo y acabado sobre el método con el que ha de abordarse el estudio del Derecho Constitucional en España, y en el marco del Espacio Europeo de Enseñanza Superior. Sin duda, serán muchas las intervenciones que tengan ese propósito, y que, desde el espíritu universitario y, en todo caso, desde el mayor de los respetos, habremos de discutir. Lo que me propongo, por el contrario, es contribuir a este, no me cabe la menor duda, enriquecedor debate con el recuerdo de lo acaecido en el que, de manera difícilmente cuestionable, ha sido el período más fructífero y memorable para la forja dogmática del Derecho Constitucional, al menos en la Europa occidental.

II. ¿POR QUÉ MIRAR AL DEBATE DE LOS CONSTITUCIONALISTAS DEL PERÍODO ENTRE GUERRAS?

Forma, sin duda, parte de la conciencia colectiva de los Profesores de Derecho Público, y de una manera muy particular de la de los constitucionalistas, la creencia de que si ha habido, en verdad, un momento especialmente lúcido, rico y fecundo en la forja dogmática del Derecho Constitucional en Europa, éste es el que se corresponde con el período entre guerras. Etapa ésta a la que, por la importancia objetiva del Texto que la inaugura¹⁹, se conocerá como la Teoría Constitucional de Weimar²⁰.

La anterior creencia no es, ni mucho menos, el resultado de una construcción mítica que, en última instancia, y al modo y manera de lo hecho en la Grecia clásica²¹ respecto de los grandes legisladores (Licurgo, Solón, etc.), permita glorificar y, de algún modo, deificar a los autores que integraron y conformaron

18 P. DE VEGA, «En torno al concepto...», cit., pág. 703.

19 Cfr., a este respecto y por todos, P. LUCAS VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: La Teoría Constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987.

20 En este sentido, cfr., por todos, P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 77.

21 Sobre la cultura mítica y su importancia en la Grecia clásica, cfr., por todos, J. BURCKHARDT, *Historia de la cultura griega*, Barcelona, 2005, vol. I, págs. 61-94, y vol. II, págs. 275-293; en cuanto a la apelación al mito fundacional y su aplicación a los legisladores, vid. *loc. cit.*, vol. I, págs. 73 y ss. En este último sentido, cfr., también, C. J. FRIEDRICH, *El hombre y el Gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968, págs. 425 y 421.

la Teoría Constitucional de Weimar para, en la medida en que son elevados a la condición de mitos fundacionales a los que se sitúa al margen de la Historia²², hacerles decir lo que en cada momento interese. Se trata, por el contrario, de una afirmación que resulta difícilmente cuestionable, y que, en realidad, nadie está en condiciones de rebatir, al menos si se actúa de una manera cabal y ponderada. Al fin y al cabo, fue en aquel insigne período donde aparecieron, y se formularon dogmáticamente, todos los grandes institutos y conceptos constitucionales de los que, querámoslo o no²³, nos vemos obligados a nutrirnos para los estudios actuales en el campo de las Ciencias del Estado y del Derecho del Estado²⁴, entre las que, como ciencia social-normativa que es²⁵, ocupa un lugar preeminente el Derecho Constitucional. Un ejemplo, la eficacia jurídica de las Constituciones, bastará, de cualquier forma, para justificar suficientemente el anterior aserto.

No existe para nadie la menor duda en torno a que fue con el fin de la Primera Guerra Mundial cuando, de una u otra suerte, se produjo la equiparación total entre la tradición jurídico-constitucional estadounidense y la tradición jurídico-constitucional europea. De una manera muy concreta, esta equiparación va a verificarse en cuanto a ese fenómeno que, aunque no siempre bien entendido en sus causas últimas, ha llamado grandemente la atención de los iuspublicistas europeos²⁶, y de una manera muy especial a los españoles²⁷. Nos referimos, claro está, a la afirmación del valor jurídico de los Textos Constitucionales, cuyos mandatos habrán de gozar de una verdadera y total fuerza obligatoria y vinculante.

Este fenómeno, bien conocido es, es el que caracterizó el constitucionalismo estadounidense. Y, además, lo hizo desde el primer momento. Lo que, en

22 En relación con esto último, y aunque referido de manera concreta a la formación de la tradición nacional mágico-mítica en el siglo XV, cfr. E. TIERNO GALVÁN, *Tradicón y modernismo*, Madrid, 1962, págs. 19-20.

23 En este sentido, aunque referido sólo a la obligatoriedad de aplicar los viejos conceptos acuñados por la Teoría General del Estado (*Allgemeine Staatslehre*) y la Teoría del Estado (*Staatslehre*) en el estudio de la Unión Europea como realidad política nueva, cfr., por todos, CH. STARCK, «La Teoría General del Estado en los tiempos de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, n.º 64 (2005), págs. 27-48.

24 Para la relación entre las Ciencias del Estado, las Ciencias del Derecho del Estado y el Derecho Constitucional, cfr., por ahora, y por todos, K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987, pp. 106-181 y 252-265, especialmente págs. 114-116, 121-137 y 259-260.

25 Cfr., por todos, H.-P. SCHNEIDER, «La Constitución. Función y estructura», en el vol. *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, pág. 43.

26 Vid., en este sentido, y por todos, P. BARILE, *La Costituzione como norme giuridica*, Florencia, 1961.

27 Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en A. PREDIERI Y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (dirs.) y otros, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1981, 2.ª ed., págs. 97-158. I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, 1987, págs. 13-14. J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1988, 4.ª ed., págs. 33 y ss.; *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, 3.ª ed., págs. 152 y ss., 154 y 172. R. L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, *passim*.

último extremo, se explica por la auténtica vigencia y eficacia que, de manera clara y evidente en el ámbito de los Estados-miembros²⁸, pero también, y de modo incontrovertible, en el nivel federal, tuvo el principio democrático como principio inspirador, justificador y vertebrador del orden jurídico y político del Estado. Es menester, a este respecto, tomar en consideración que es, justamente, porque, sin reservas de ningún tipo, en Estados Unidos se acepta, proclama, afirma y se hace realmente eficaz el principio democrático, por lo que pudo realizarse allí la transformación del dogma político de la soberanía popular en el dogma jurídico de la supremacía constitucional²⁹. Esto es, fue tan sólo porque se aceptó y afirmó el principio democrático, y, con ello, se proclamó que, por decirlo con la conocida expresión de Thomas Paine³⁰, la Constitución se convierte en la reina, por lo que única y exclusivamente pudo la Ley Constitucional desplegar sus plenos efectos jurídicos y políticos en los Estados Unidos de América. Admitir, y compartir, esto no ha de resultar, en nuestra opinión, muy complicado. La razón es fácilmente comprensible.

En efecto, al concebirse en el Nuevo Continente, y desde el primer momento, el Código Jurídico-Político Fundamental como la obra de un Pueblo soberano que, precisamente por ser tal, puede imponer su voluntad a todos, incluso a aquéllos que no están de acuerdo con la decisión de la mayoría³¹, el Texto Constitucional se erige en aquella *Lex Superior* que se define por ser una norma de obligado cumplimiento, y cuyos mandatos se imponen tanto a gobernantes como a gobernados. Aparecía, de esta suerte, la gran conquista del moderno Estado Constitucional, que, en último extremo, permite diferenciarlo del que McIlwain denominó «antiguo constitucionalismo»³². Esto es, frente a lo que sucedía en el mundo clásico y medieval³³, —en los que la obediencia de

28 Cfr., por todos, CH. BORGEAUD, *Etablissement et revision des Constitutions en Amerique et Europe*, París, 1893, pág. 198; J. BRYCE, *El Gobierno de los Estados de la República Norteamericana*, Madrid, *sine data*, págs. 24 y 32-35, por ejemplo; E. BOUTMY, *Études de Droit Constitutionnel. France-Angleterre-États Unis*, París, 1885, págs. 192 y ss., y 198.

29 Sobre este particular, y con carácter general, cfr., por todos, P. DE VEGA, «Constitución y Democracia», en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, págs. 71-72; *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, pág. 25. La misma idea fue ya defendida, entre nosotros, por G. TRUJILLO, «La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control», en el vol. *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, 1970, pág. 17.

30 Cfr. TH. PAINE, «El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)» (1776), en el vol. *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990, pág. 42.

31 Cfr., a este respecto, J. WISE, *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity Divine Providence has put upon it*, Boston, 1717, pág. 33. La idea, —frecuentemente olvidada en la discusión política de la España de hoy—, de que la voluntad del soberano, adoptada según el principio mayoritario, se impone a todos ha sido también defendida, entre otros, por H. HELLER, *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional* (1927), México, 1995, 2.ª ed., págs. 166-168.

32 Sobre este particular, cfr. CH. H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, 1991, *passim*, pero especialmente pág. 37.

33 Cfr., a este respecto, y por todos, P. DE VEGA, «Supuestos políticos...», cit., págs. 403-404.

los individuos a la ley se encontraba perfectamente garantizada, pero no así, y pese a la existencia de construcciones teóricas como las de, por ejemplo, un Juan de Salisbury³⁴ o un Marsilio de Padua³⁵, la de los gobernantes—, ahora, en el Estado Constitucional, la Constitución obliga por igual a los ciudadanos aisladamente considerados y a quienes, de entre éstos, ocupasen en cada momento el poder político.

Entre los gobernantes que se encuentran sujetos al cumplimiento de la Ley Constitucional se encuentran, —y aquí reside el gran argumento para la afirmación de que en Estados Unidos la Constitución era una auténtica norma jurídica—, los jueces. Lo que, por lo demás, no tiene nada de extraño, toda vez que éstos integran un poder constituido que ha sido creado, y ordenado, por el propio Código Fundamental. De cualquier modo, fue en los escritos dedicados a explicar al Pueblo de Nueva York el Poder Judicial, recogidos en *«El Federalista»*³⁶, donde esta circunstancia se pone ya claramente de manifiesto. El ingenio y la pluma de Alexander Hamilton, —gran conocedor del mundo clásico, y, en particular, de la distinción realizada por Solón, y popularizada por Aristóteles, entre *nomos* y *pséfismata*, así como de la apelación a los *graphé paranomon* para hacer realmente efectiva aquélla³⁷—, se encargaría de explicarlo,

34 Cfr. JUAN DE SALISBURY, *Policraticus* (1159), Madrid, 1984, fundamentalmente, Libro IV, cap. 1, págs. 306-307.

35 Cfr. MARSILIO DE PADUA, *El Defensor de la Paz* (1324), Madrid, 1989, Primera Parte, cap. XII, pág. 54.

36 Cfr. A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, México, 1982, 1.ª ed, 3.ª reimpr., n.º LXXVIII, LXXVIX, LXXX, LXXXI, LXXXII y LXXXIII, págs. 330-365.

37 En este sentido, cfr., por todos, P. DE VEGA, *«Republicanism and Democracia»*, Lección Magistral pronunciada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, el 11 de mayo de 2006, de próxima publicación. De cualquier forma, me interesa dejar ya claro que, en mi opinión, nos encontramos en este punto ante un magnífico ejemplo de que no le falta razón al Maestro DE VEGA («Mundialización y Derecho Constitucional:...», cit., pág. 33) cuando afirma que la Historia del Estado Constitucional acaba siendo la Historia de las transformaciones que se han llevado a cabo para hacer reales y efectivas en cada momento histórico las ideas de Libertad y Democracia. Piénsese, en este sentido, en las más que sobresalientes similitudes entre la formulación de la distinción clásica a que nos referimos y la argumentación realizada por el juez John Marshall, en 1803, para justificar la puesta en marcha de la *judicial review*. Concibió Solón los *nomoi* de una manera que, *salvata distantia*, se correspondería no con la totalidad de las Constituciones modernas, pero sí con lo que Hesse ha denominado los «fundamentos de orden de la Comunidad», los cuales, una vez que han sido establecidos y determinados por el Constituyente originario, quedan substraídos al ulterior debate de las fuerzas políticas, constituyendo, de esta suerte, el núcleo estable e irreformable de la Constitución [cfr. K. HESSE, «Concepto y cualidad de la Constitución», en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, 1983, pág. 20; *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, 11.ª ed., págs. 274 y ss., especialmente págs. 276-279]. Esto es, se trataba de normas que, porque contienen los implícitos elementos que definen la *polis*, han de ser inalterables. Por su parte, los *pséfismata* serían las resoluciones del Pueblo elaboradas en la asamblea como leyes o decretos, que, con el único límite de respetar y estar en consonancia con los *nomoi*, podrían ser libremente aprobados, modificados, substituidos o derogados. No ha de resultar muy difícil de encontrar el rastro de este pensamiento en las palabras que, en la célebre sentencia «Marbury versus Madison», redactó Marshall: «O es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser mo-

convirtiéndose, de esta suerte, en el primer gran teórico del control de constitucionalidad de las leyes³⁸. La argumentación de Publio no deja, además, el más mínimo lugar a la duda. En efecto, Hamilton, inspirándose en las construcciones de Coke, Harrington, Locke, Burlamaqui, Vattel y Montesquieu³⁹, partió de la idea de que el poder del Pueblo, como soberano investido del Poder Constituyente, era siempre superior a las facultades de los poderes constituidos. Lo que le conduciría a sentenciar que «La interpretación de las leyes es propia y particularmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios»⁴⁰. Tesis ésta que, como es conocido, sirvió de fundamento último al juez Marshall para, corrigiendo el gran olvido de los hombres de Filadelfia⁴¹, y, en cualquier caso, —y como, entre otros, ha hecho notar Jerusalem⁴²—, tratando de dar respuesta a la necesidad de dar coherencia y unidad jurídica al sistema federal, poner en marcha, en 1803, un sistema de control de constitucionalidad, que no

dificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable» (citado por P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pág. 42).

38 En este sentido, cfr., por todos, M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato*, Milán, 1979, 1.ª ed., 8.ª reimpr., págs. 29-31, 45 y 59-61; B. F. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, Nueva York, 1946, págs. 23-26; P. DE VEGA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7, 1979, pág. 93.

39 Sobre este particular, cfr., por todos, P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., págs. 38-39.

40 A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, cit., n.º LXXVIII, pág. 332.

41 Cfr., a este respecto, P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pág. 41. En el mismo sentido, cfr., también, S. A. ROURA GÓMEZ, *La defensa de la Constitución en la Historia Constitucional española. Rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*, Madrid, 1988, págs. 92-105.

42 Cfr. F. W. JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tubinga, 1930, pág. 54. Sobre la inescindible relación entre la técnica del federalismo y el control de constitucionalidad, cfr., por todos, H. KELSEN, «La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)», (1928), y «Le giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato Federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1.º ottobre 1920» (1923-1924), ambos en el vol. *La Giustizia Costituzionale*, Milán, 1981, págs. 203-204 y 5-45, respectivamente. P. DE VEGA, «Jurisdicción constitucional...», cit., pág. 100. A. LA PERGOLA, «Federalismo y Estado Regional. La técnica italiana de la autonomía a la luz del Derecho Comparado», *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11 (1984), pág. 196. J. PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, 1988, págs. 46-47. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1989, *passim*. J. RUIPÉREZ, *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994, págs. 169 y ss. S. A. ROURA GÓMEZ, *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978. El Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2003, págs. 27-28.

auténtica justicia constitucional⁴³, en el que acaba concretándose la técnica de la *judicial review*.

Si esto es así en los Estados Unidos, otra cosa muy distinta es lo que caracterizó la tradición jurídico-constitucional europea de finales del siglo xvii, el xix y primeros años del xx. En Europa, en efecto, habría de esperarse al fin de la Primera Guerra Mundial para que, con la substitución del Estado Constitucional liberal por el moderno Estado Constitucional democrático y social, pudiera comenzar a manifestarse la auténtica dimensión jurídica de la Constitución, que, innecesario debiera ser advertirlo, se hará definitivamente real con los Textos Constitucionales aprobados a partir de 1945. Y lo haría, en buena medida, merced al reconocimiento y proclamación de que, también en Europa, los preceptos constitucionales gozan de una fuerza jurídica obligatoria y vinculante que, en último extremo, hace que se impongan a gobernados y gobernantes, y que bajo ningún concepto puedan ser ignorados por el juez.

Se acababa, de esta suerte, con aquella situación jurídica de la Europa del constitucionalismo liberal. Ésta, como se ha repetido de modo incesante, se concretaba en la proverbial carencia de eficacia jurídica de los documentos de gobierno. Carencia que determinaba que el juez europeo, sometido al imperio de la ley, pudiera incluso ignorar los preceptos constitucionales. Edouard Laboulaye, por ejemplo, pondría bien a las claras esta circunstancia cuando, al comparar el sistema constitucional estadounidense con la situación jurídica y política europea, escribía que en Europa la «constitución declaraba que la libertad individual será respetada, que nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales y que los acusados serán juzgados por el jurado. Tiene lugar un motín, o una asonada y se hará una ley para enviar á (*sic*) los ciudadanos ante los consejos de guerra. Apelarán á (*sic*) los tribunales mostrándoles la constitución, y estos (*sic*) responderán que no conocen mas (*sic*) que la ley.»⁴⁴

La Constitución, en definitiva, pasaba a ser entendida de un modo muy diverso a cómo lo había sido en el marco del Estado Constitucional liberal. En efecto, frente a la comprensión, según la común opinión, como un mero documento político que consagra principios y valores, y cuya fuerza jurídica,

43 Importa advertir, en este sentido, que si bien, como afirmó ya H. Kelsen («Le giurisdizionario...», cit., pág. 18), la justicia constitucional es, ante todo y sobre todo, un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes, es lo cierto que no basta con que este último exista para que quepa hablar de una verdadera justicia constitucional. Y esto es lo que sucede en Estados Unidos, y de una manera muy particular en 1803. El Prof. De Vega ha realizado una muy importante observación en este sentido. Señala el Maestro que «Come osservato da Jerusalem, la costituzionalità delle leggi si presenta in America come logica necessità di coerenza giuridica in un sistema di costituzione rigida, la cui principale funzione giuridica è di mantenere l'unità dell'organizzazione federale. [...] Quando il giudice Marshall dettò la sua sentenza era ancora in vigore in U.S.A. la schiavitù [...] Oggi, parlare di giustizia costituzionale in presenza della schiavitù come istituzione sociale, sarebbe sicuramente un sarcasmo». Vid. P. DE VEGA, «Problemi ed prospettive della giustizia costituzionale in Spagna», en G. Lombardi (ed.) y otros, *Costituzione e giustizia costituzionale nel Diritto Comparato*, Rimini, 1985, pág. 129.

44 E. LABOULAYE, *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, Sevilla, 1869, t. 2, pág. 201. En general sobre el tema que aquí ocupa, vid., también, págs. 195-224.

obligatoria y vinculante, dependía de que sus mandatos fueran desarrollados por el Legislador ordinario, que es, aunque con alguna matización que luego haremos, como se entendía en el Estado burgués de Derecho, en el Estado Constitucional democrático y social, por el contrario, los Textos Constitucionales serán definitivamente elevados a la condición de norma jurídica suprema en el Estado. Comprensión ésta que a la que contribuyeron, y en forma decisiva, las construcciones teóricas de los autores del positivismo jurídico formalista, y posteriormente el jurisprudencial. Éstos, bien conocido es, se dedicaron realmente a difundir por doquier este nuevo entendimiento de los Códigos Fundamentales, resaltando, sobre todo, su dimensión normativa al proclamar de manera solemne a las Constituciones como auténticas normas jurídicas que, como tales, habrían de ser aplicadas por jueces y tribunales.

III. LA INCAPACIDAD DEL IUSPUBLICISMO PREWEIMARIANO PARA CONSTRUIR UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO DERECHO DE LA LIBERTAD Y DE LA DEMOCRACIA

Importa advertir, de manera inmediata, y de modo ineludible, que la verdadera magnitud de la anterior transformación no puede ser comprendida, al menos no de una forma plena, desde el análisis de la cuestión en términos meramente jurídicos. La razón es fácilmente comprensible. Lo que sucede es que aquel magnífico, y transcendental, cambio en la naturaleza de los Textos Constitucionales es tan sólo el lógico y consecuente resultado de unas causas que tienen un carácter fundamentalmente político. Siendo así, obvio debiera ser que su ponderada y cabal explicación y comprensión sólo podrá obtenerse desde la óptica política de la cuestión. Y es que, como a nadie debería ocultársele, ambos entendimientos de los Códigos Jurídico-Políticos Fundamentales, —el de la etapa del constitucionalismo liberal, y el que se inicia con el fin de la Primera Guerra Mundial y se consolida con el de la Segunda—, son el fruto de las singulares circunstancias políticas que vivió Europa, y fueron, en último, extremo, las que determinaron que, hasta la entrada en escena del constitucionalismo democrático y social, en el Viejo Continente las Leyes Constitucionales no pudieran ser entendidas, no ya, y como indica, por ejemplo, Carré de Malberg⁴⁵, como una verdadera *Lex Superior*, sino que, lo que es mucho más grave, —y como, con total acierto y absoluta contundencia, ha denunciado mi dilecto Maestro⁴⁶—, ni siquiera podían hacerlo como auténticas Constituciones.

No podemos, como es obvio, detenernos aquí a realizar una exposición exhaustiva y pormenorizada de esta problemática⁴⁷. Intentarlo siquiera, nos

45 Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875* (1931), París, *sine data* (pero 1984), págs. 110-111.

46 Cfr. P. DE VEGA, «Prólogo» a A. DE CABO DE LA VEGA (ed.), *La Constitución española de 27 de diciembre de 1978*, Madrid, 1996, pág. XIV.

47 Sobre este particular, me permito, por comodidad, remitirme a J. RUIPÉREZ, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa*

alejara, de manera irremediable y fatal, de nuestro objeto de atención en estas páginas.

Bástenos con indicar, ahora, que las consecuencias jurídicas que se producían, desde el primer momento, en el ámbito de los Estados Unidos de América, eran imposibles en la Europa liberal. No puede ignorarse que si, como ha puesto de manifiesto Bastid⁴⁸, también en los procesos revolucionarios liberal-burgueses europeos se procedió a la proclamación enfática de todos los principios y valores que definen el constitucionalismo moderno, es lo cierto, sin embargo, que los mismos encontraron grandes dificultades para su puesta en marcha y desarrollo. Y ello, como decimos, por motivos de índole política. Entre ellos, y de forma fundamental, la existencia de unos monarcas que se resistían a abandonar su antigua posición de reyes absolutos, y que, en definitiva, obligaron a tratar de edificar el Estado Constitucional sobre la confrontación del principio democrático y el principio monárquico. Lo que habría de generar unas muy graves consecuencias para la posibilidad misma del Estado Constitucional en el Viejo Continente.

Es menester recordar que, frente a la clara, incontrovertida y definitiva aceptación del dogma de la soberanía del Pueblo en los Estados Unidos, lo que la Europa de finales del siglo XVIII, todo el XIX y los primeros años del XX conoció fueron etapas en las que el principio democrático era o bien defectuosamente afirmado⁴⁹, como sucedió en el período revolucionario como consecuencia, aunque pueda parecer paradójico —sobre todo si se toma en consideración su más que sobresaliente soberbia al afirmarse como el verdadero creador de la teoría democrática del Poder Constituyente⁵⁰—, de las concepciones mantenidas por Sieyès; o bien era negado de una manera radical, como se hizo en la llamada «restauración», con la vuelta a los esquemas políticos del *Ancient Régime*, o, finalmente, falsificado, como ocurrió con el liberalismo doctrinario y su teoría de la soberanía compartida y del pacto *Rex-Regnum*. Circunstancia ésta que, como es lógico, no podría dejar de generar una serie de consecuencias para la vida del Estado Constitucional. Consecuencias que, des-

del Estado Constitucional democrático y social, México, 2005, concretamente el cap. segundo («Hacia la consolidación del Estado Constitucional, o de la Historia de la lucha por el principio democrático y su eficacia»), págs. 63-134.

48 Cfr. P. BASTID, *L'idée de Constitution* (1962-1963), París, 1985, pág. 15.

49 Cfr., en este sentido, P. DE VEGA, «Supuestos políticos...», cit., pág. 399.

50 Recuérdese, a este respecto, que Sieyès no dudó en afirmar que «En efecto, una idea fundamental fue establecida en 1788: la división del Poder Constituyente y los poderes constituidos. Descubrimiento debido a los franceses, que contará entre los hitos que hacen avanzar a las ciencias». Así las cosas, y en la medida en que 1788 fue el año en que redactó su «¿Qué es el Estado llano?», no puede haber duda de que lo que en realidad está haciendo Sieyès es atribuirse el honor de ser él, y no otro, quien había elaborado la noción de Poder Constituyente como un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido, material y formal, de su voluntad [cfr., en este sentido y sobre esto último, E.-J. SIEYÈS, «Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» (1789), en el vol. *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, 1990, pág. 100]. Vid. E.-J. SIEYÈS, «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV y V del Proyecto e Constitución. Pronunciado en la Convención del 2 de Thermidor del año III de la República», en el vol. *Escritos y discursos de la Revolución*, cit., pág. 262.

de el punto de vista de la política práctica, fueron, ciertamente, nefastas en cuanto que venían a dificultar el desarrollo y definitiva consolidación de aquella forma política en Europa.

De cualquier modo, lo que a nosotros interesa ahora, no es tanto la propia dinámica de estas singulares circunstancias en el mundo de la política práctica, cuanto la repercusión que las mismas tuvieron en el ámbito teórico del Estado, la Política y el Derecho. Influencia que, como para nadie puede ser un misterio, en modo alguno fue pequeña. En efecto, la confusión habida en el ámbito de la política práctica, determinaría la forja de un Derecho Constitucional que, falsificado en sus presupuestos centrales —de manera fundamental, en cuanto a la teoría democrática del Poder Constituyente y sus consecuencias—, acabaría convirtiéndose en un auténtico esperpento teórico, destinado a teorizar y justificar un pseudo-constitucionalismo, o constitucionalismo ficticio, «que terminaba no siendo constitutivo de nada, ni siquiera del propio Estado al que se daba por supuesto»⁵¹, y con el que, en realidad, se pretendía ocultar, y enmascarar, las verdaderas relaciones de poder en la Comunidad Política.

Señala, a este respecto, Hermann Heller, —sin duda alguna, y como iremos viendo, el más lúcido, coherente y válido de los estudiosos del Estado Constitucional—, que en «una etapa en la que los fundamentos del pensamiento político eran la legitimación democrático-nacionalista y la explicación inmanente del estado, el constitucionalismo monárquico obligó a la doctrina a convertirse en una teoría del principio monárquico y a fijar en el príncipe la totalidad del poder estatal»⁵². Se pone de manifiesto, de esta suerte, la tensión, latente o explícita, entre el dogma político de la soberanía del Pueblo, como principio legitimador y vertebrador del Estado Constitucional, y el dogma de la soberanía del príncipe, que, en rigor, era el principio legitimador de la monarquía absoluta en el Antiguo Régimen. En la forja dogmática de un Derecho Constitucional *ad hoc*, los académicos de la época se veían, irremediabilmente, obligados a tratar de conjugar tan dispares principios.

En la ejecución de este empeño, se vio, por ejemplo —y como pone de relieve Heller⁵³—, Hegel obligado a realizar una sensacional, y no menos sorprendente, pirueta retórica. De lo que se trataba, en último extremo, era de conciliar la idea de que la soberanía pertenece el Pueblo, que es, en rigor, la que defendería el autor de la *«Rechtsphilosophie»*, con la existencia en el Estado de un monarca y con el principio monárquico absoluto. Para ello, el ilustre Profesor de la Universidad de Berlín procederá, en primer lugar, a proclamar su absoluta compatibilidad. En este sentido, Hegel escribiría que «Pero una soberanía popular tomada como *antítesis de la soberanía que reside en el monarca*, es en el sentido vulgar con el cual se ha comenzado a hablar de la soberanía popular en la época moderna; y en tal oposición la soberanía popular corresponde a la

51 P. DE VEGA, «En torno al concepto...», cit., pág. 716.

52 H. HELLER, *La soberanía...*, cit., pág. 159.

53 Cfr. H. HELLER, *Hegel und der nationale Matchstaatsgedade in Deutschland: ein Beitrag zur politische Geistesgeschichte*, Druck, 1921, págs. 110 y ss.

confusa concepción que tiene como base la grosera representación del pueblo. [...] El pueblo representado sin su monarca y sin la organización necesaria y directamente ligada a la totalidad, es una multitud informe que no es Estado y a la cual no le incumben ninguna de las determinaciones que existen en la totalidad hecha en sí, esto es, soberanía, gobierno, jurisdicción, magistratura, clases y demás»⁵⁴.

Fundaba, de esta suerte, Hegel la doctrina de la soberanía del Estado. Con ella, y en la medida en que, ahora, la titularidad de la soberanía se atribuía al Estado, es decir, al Pueblo con su rey, se entendía que quedaban definitivamente superadas todas aquellas dificultades e inconvenientes para la construcción de una teoría del Derecho Constitucional constitucionalmente adecuada. Al fin y al cabo, lo que sucede es que, con la apelación a la noción de la «soberanía del Estado», creyó Hegel demostrar que no sólo resultaba perfectamente posible reconciliar las ideas de soberanía popular y soberanía del monarca, sino que, además, tal conciliación devenía necesaria, ineludible e inevitable. Y ello, por cuanto que, como escribe Heller, para el Profesor berlinés «el concepto de la soberanía del príncipe «no era un concepto derivado, sino, pura y simplemente, el principio mismo de la soberanía»⁵⁵.

Fue, asimismo, la doctrina de la soberanía del Estado de la que se sirvieron los primeros positivistas jurídicos, como movimiento mayoritario del momento, para la elaboración de sus diversas Teorías Generales del Estado y del Derecho Constitucional. La única diferencia con Hegel se concretaba en que mientras que este último trataba, con la apelación y, de una u otra suerte, divinización del Estado y la atribución a éste de la soberanía total —lo que acabo, por un lado, sirviendo de fundamento teórico al Estado totalitario preconizado por fascistas y nacional-socialistas, y, por otro, para justificar el recelo con el que liberales, demócratas y socialistas actuaban respecto de las construcciones hegelianas⁵⁶—, de conjugar las ideas de soberanía del Pueblo y soberanía del monarca, convirtiéndose, así, —y en la medida en que su formulación sirvió para abrir «al principio monárquico la puerta trasera del Estado de Derecho»⁵⁷—, en el teórico político del constitucionalismo monárquico⁵⁸, a los autores del primer positivismo jurídico, de una manera muy principal a los alemanes, esta idea les servía para rechazar en forma absoluta el dogma político de la soberanía popular⁵⁹.

Este fue, justamente, el rasgo más característico de la construcción teórica de la Escuela Alemana de Derecho Público. En efecto, más allá de que, como denunció Max von Seydel⁶⁰, sus formulaciones tuvieran un marcado carácter

54 W. F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1968, 5.ª ed., n. 279, pág. 238.

55 H. HELLER, *La soberanía...*, cit., pág. 161.

56 Cfr., en este sentido, y por todos, P. DE VEGA, «Mundialización y Derecho Constitucional!...», cit., pág. 20.

57 H. HELLER, *Las ideas...*, cit., pág. 66.

58 Cfr., en este sentido, H. HELLER, *Las ideas...*, cit., pág. 25.

59 Cfr. H. HELLER, *La soberanía...*, cit., pág. 161.

60 Cfr. M. VON SEYDEL, *Staatschtliche und politische Abhandlungen*, Leipzig, 1893, pág. 140.

autoritario, lo realmente definidor de esta escuela, y de una manera muy particular con los trabajos de von Gerber⁶¹ y, fundamentalmente, de Laband⁶² — como, al decir de Heller, «el jefe intelectual de esta jurisprudencia política positivista, [que] manifestaba franca y donosamente que la monarquía era una «institución para asegurar la firmeza del orden del Estado»⁶³—, es que lo «que forja la dogmática del Derecho público alemán es el Principio Monárquico, según el cual la soberanía, si bien se asigna al Estado, continúa encarnada en la figura del príncipe»⁶⁴. Buena prueba de ello es, como indica Hermann Heller, el propio concepto de Constitución propuesto por aquéllos: «es [escribirá Heller] una auto-limitación que voluntariamente se impone el monarca, quien, no obstante la auto-limitación, o mejor aún, precisamente por ser un acto autolimitativo, conserva la soberanía; en consecuencia, la constitución no debe ser considerada como si fuese una norma fundamental creada por el estado como totalidad»⁶⁵.

A esta confusión no lograría escapar ni siquiera Georg Jellinek. Afirmación ésta en la que, acaso, resulte oportuno detenerse para otorgar una mayor claridad a nuestro discurso.

No se trata, ni mucho menos, de realizar aquí un enjuiciamiento general de la obra del Maestro de Heidelberg⁶⁶, cuyo valor, en cuanto que, como señaló ya Heller⁶⁷, constituye la aportación más valiosa del positivismo jurídico formalista a la concepción del Derecho Constitucional como ciencia de la realidad estatal y que, en todo caso, otorga, por vez primera en la Historia, una explicación sistemática al Derecho del Estado, está fuera de toda duda. No puede ignorarse, a este respecto, que la publicación de su *Allgemeine Staatslehre* —que, como síntesis perfecta y magistral de la Teoría del Estado del siglo XIX y primeros años del XX (Kelsen⁶⁸), condenó al olvido a los, por lo demás, excelentes trabajos de los, por ejemplo, Conrad Bornhak⁶⁹, Hermann Rehm⁷⁰ o Richard Schmidt⁷¹— supuso, justamente, y de modo indudable e indiscutible, el momento de máximo esplendor y el hito más glorioso de la época del positivismo jurídico formalista, aunque también, y de forma paradójica, el inicio de su declive como

61 C. F. VON GERBER, *Diritto Pubblico*, Milán, 1981.

62 P. LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1900 (t. I), 1901 (t. II), 1902 (t. III), 1903 (tt. IV y V) y 1904 (t. VI); *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresde, 1895; «Die Geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit Reichsgründung», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. I (1907), págs. 1 y ss.

63 H. HELLER, *Las ideas...*, cit., pág. 42.

64 P. DE VEGA, «Jurisdicción constitucional...», cit., pág. 102, nota 21.

65 H. HELLER, *La soberanía...*, cit., pág. 161.

66 En general sobre Jellinek y su obra, cfr., por todos, P. LUCAS VERDÚ, «Estudio preliminar» a G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991, págs. XI-LXXX.

67 Cfr. H. HELLER, «Osservazioni sulla problematica attuale della Teoria dello Stato e del Diritto» (1929), en el vol. *La sovranità ed altri scritti sulla Dottrina del Diritto e dello Stato*, Milán, 1987, págs. 368-369; *Teoría del Estado* (1934), México, 1983, 1.ª ed., 9.ª reimpr., pág. 42.

68 Cfr. H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, México, 1979, 15.ª ed., pág. IX.

69 C. BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1896.

70 H. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Friburgo-Leipzig-Tubinga, 1899.

71 R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1901, 2 vols.

método científico⁷². Lo que nos interesa es tan sólo poner de manifiesto que fue, de manera harto evidente, la circunstancia de que Jellinek mantuviese la doctrina de la soberanía del Estado la que, en última instancia, determinó la imposibilidad de que su obra sirviese para atribuir a la Constitución su eficacia jurídica plena.

Concibió Jellinek la soberanía, que es única e indivisible⁷³, como «la cualidad de un Estado en virtud de la cual no puede ser obligado jurídicamente más que por su propia voluntad»⁷⁴, y que, finalmente, comporta el derecho del Estado soberano «de fijar su competencia dentro de los límites que le son adjudicados por su naturaleza»⁷⁵. No es éste el momento oportuno par entrar a discutir si la equiparación que, como otros muchos juristas del siglo XIX y principios del XX (p. ej., Laband, Liebe, Zorn, Borel, Meyer-Anschütz, Haenel, Le Fur, Carré de Malberg, Kunz, Mouskheli, Verdross, etc.), realiza Jellinek entre la soberanía y la competencia sobre la competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) es, o no, correcta. Aunque, de cualquier modo, no está de más advertir que una tal identificación fue ya certeramente impugnada por Carl Schmitt, cuando escribió que «el concepto de «competencia de competencias», entendido como «soberanía», es, en sí mismo, contradictorio. Soberanía no es competencia, ni siquiera competencia de competencias. No hay ninguna competencia ilimitada si la palabra debe conservar su sentido y designar una facultad regulada de antemano por normas, circunscrita con arreglo a una figura y, por lo tanto, delimitada. La palabra «competencia de competencias», o significa una competencia auténtica, en cuyo caso no tiene nada que ver con la soberanía ni puede ser empleada como fórmula de soberanía, o es una denominación general de un poder soberano, y entonces no se comprende por que ha de hablarse de «competencia»»⁷⁶.

Lo que importa es que, concebida de este modo la soberanía, —que, en todo caso, y como medio para salvar la estatalidad de los *Länder* en el marco de la Constitución guillermina de 1871, no considera una cualidad del Estado⁷⁷—, el insigne Profesor de Heidelberg no dudará en afirmar que el titular de este poder puede ser tan sólo el Estado. Atribución ésta que, como decimos, es la que incapacitaría a Jellinek para extraer todas las consecuencias políticas y jurídicas que habrían de derivarse de un Texto Constitucional concebido como una auténtica y verdadera Constitución. Entre ellas, la de la eficacia jurídica y fuerza obligatoria y vinculante del Código Fundamental. Y ello por unas razones muy similares a las que impidieron también a los otros autores de la Escuela Alemana de Derecho Público el hacerlo.

72 Cfr., en este sentido, y por todos, P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., págs. 65-66.

73 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1981, págs. 296-297 y 373 y ss.

74 G. JELLINEK, *Die Lehre von der Staatenverbindungen*, Viena, 1883, pág. 34.

75 G. JELLINEK, *Die Lehre...*, cit., pág. 35.

76 C. SCHMIT, *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982, pág. 367.

77 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., págs. 365-367, 368-369 y 370-371. Para una crítica a esta concepción y sus ulteriores consecuencias, cfr., por todos, C. SCHMITT, «El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica y de la decisión», anexo a C. SCHMITT, *El Levitán en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes* (1930), Granada, 2004, págs. 79-94.

Cierto es que, aunque reconociendo, no obstante, una competencia singular sobre todas las cuestiones estatales en favor del monarca que, en último extremo, aparecería configurado como jefe de todos los empleados públicos, incluidos los jueces⁷⁸, Georg Jellinek renunció a atribuir directamente la soberanía al Jefe del Estado⁷⁹ desde una pretendida equiparación e identificación, — mantenida, empero, por otros juristas coetáneos a él (*v. gr.*, von Seydel⁸⁰, Bornhak⁸¹, Le Fur⁸²)—, de éste con el Estado mismo. De hecho, Jellinek⁸³ se opondrá frontalmente tanto a esta equiparación, como a la atribución de la soberanía al gobernante. Circunstancia ésta que parece separar las tesis de Jellinek de aquellas construcciones de los von Gerber y Laband en las que, fundamentadas en el principio monárquico, se acabaría concluyendo que la soberanía del Estado era, irremediablemente, la soberanía del príncipe. Ocorre, sin embargo, que esta separación es mucho más aparente que real. En efecto, también en la obra del Maestro de Heidelberg acabaría el monarca configurado como el único depositario posible de la soberanía del Estado. Y ello, como consecuencia, directa e inmediata, de su concepción de la necesidad de la representación del Estado. Veámoslo con un cierto detenimiento.

Entendió, con carácter general, Georg Jellinek que «Toda asociación necesita de una voluntad que la unifique, que no puede ser otra que la del individuo humano. Un individuo cuya voluntad valga como voluntad de la asociación, debe ser considerado, [...], como un instrumento de la voluntad de ésta, es decir, como órgano de la misma»⁸⁴. Surge, de este modo, la idea de que toda asociación humana requiere, para poder llevar a cabo su actividad, de la representación, entendiendo por tal «la relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparezca como una sola persona»⁸⁵. Esquema éste al que el Estado, como singular y suprema asociación organizada, no puede escapar. Su aplicación se hace, incluso, más necesaria que en cualquier otra asociación humana, y ello como consecuencia de la particular naturaleza del Estado. Jellinek lo pondrá claramente de manifiesto, cuando advierte que al ser el Estado un ente abstracto, lo que sucede es que «Todo Estado necesita de un órgano supremo. Este órgano es aquel que pone y conserva en actividad al Estado y posee el poder más alto de

78 Cfr., en este sentido, G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subjetivi*, Milán, 1912, pág. 175, nota 3.

79 Cfr., a este respecto, y por todos, H. HELLER, *La soberanía...*, cit., págs. 161-162.

80 Cfr. M. VON SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873, págs. 1 y ss., y 4 y ss.

81 Cfr. C. BORNHAK, *Preussisches Staatsrecht*, Friburgo, 1888, vol. I, págs. 64 y ss., 128 y ss.; *Allgemeine Staatslehre*, cit., pág. 13.

82 Cfr. L. LE FUR, *État Fédéral et Confédération d'États* (1896), París, 2000, págs. 457-459, 490, 590, 593, 671-673, 708 y ss., y 730; «La souveraineté et de Droit», *Revue de Droit Public*, 1908, pág. 391.

83 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., págs. 357 y ss.

84 G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., pág. 410.

85 G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., pág. 429.

decisión. En todo Estado es necesario un órgano que dé impulso a la actividad total de aquél y cuya inacción habría de llevar consigo por tanto la paralización del Estado»⁸⁶. No dotar al Estado de estos órganos supondría, en última instancia, y en opinión del ilustre jurista de Heidelberg⁸⁷, condenarle a vivir en la anarquía, que es absolutamente contradictorio con la esencia misma del Estado.

En tales circunstancias, fácil resulta deducir que la gran pregunta a la que ha de encontrarse solución es la de ¿quién puede ser ese órgano supremo al que, como tal, ha de corresponder la representación del Estado? Para dar respuesta a este interrogante, formulará Jellinek una distinción que, en último término, acabará identificando a éste con von Gerber y Laband en su consideración, como señala, por ejemplo, Baldassarre⁸⁸, juristas del poder cuya única preocupación, e intención, era la de construir un sistema que permitiera el definitivo fortalecimiento y consolidación de la posición jurídica y política del Emperador en el contexto de la Constitución alemana de 1871. Nos referimos, innecesario debiera ser aclararlo, a la idea jellinekiana⁸⁹ de que en las Repúblicas democráticas, erigidas sobre el dogma político de la soberanía del Pueblo, el Jefe del Estado es, sí, un órgano inmediato, aunque éste sólo podrá ser considerado como un órgano secundario, entendiendo por tal aquél que representa al órgano primario —el Pueblo, en este caso—, actúa para ejecutar las acciones de éste y, además, puede ser representado por otro órgano⁹⁰. Por el contrario, en las monarquías, los reyes son los órganos primarios del Estado.

Así las cosas, la conclusión a la que llegará Jellinek se presenta como algo meridiano, y sólo puede ser una. En el Imperio guillermino, que es lo que realmente interesa a Jellinek, tan sólo el *Kaiser*, en tanto en cuanto órgano inmediato y primario que, incluso, es anterior al propio Estado, puede asumir la representación de la Comunidad Política. Ocurre, además, que el Emperador, como representante del Estado soberano que es, se convertirá, él mismo, en el soberano o, como mínimo, en el único depositario legítimo de la soberanía en el Estado. Condición ésta que, y esto es lo que realmente es importante y resulta trascendente para lo que aquí interesa, le corresponde en todo momento.

El embate que una tal comprensión supone para la consolidación, desarrollo, ponderado funcionamiento e, incluso, la posibilidad misma de la forma política «Estado Constitucional», resulta difícilmente cuestionable. Y es, a nuestro juicio, tan evidente como peligrosa.

Es menester recordar que, como, entre otros, han puesto de manifiesto Carl Schmitt⁹¹ y, mucho más recientemente, Pedro De Vega⁹², parte el Estado Constitucional del principio de que, una vez que el Código Fundamental ha sido

86 G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., pág. 419.

87 Cfr., en este sentido, G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., pág. 412.

88 Cfr. A. BALDASSARRE, «Constitución y teoría de los valores», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 32 (1994), pág. 18.

89 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., pág. 447.

90 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., pág. 414.

91 Cfr. C. SCHMITT, *Teoría...*, cit., págs. 108-109 y 186-200.

92 Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., págs. 34-37 y 74-76.

aprobado y ha entrado en vigor, el Poder Constituyente, como depositario legítimo del ejercicio de la soberanía del Pueblo, ha de desaparecer de la escena política para entrar en una fase de letargo, de la que tan sólo saldrá cuando en la Comunidad Política de que se trate se haga necesario el darse una nueva Constitución. De esta suerte, nos encontramos con que la aprobación, y entrada en vigor, del Texto Constitucional implica la entrada en escena de una nuevos sujetos: los poderes constituidos. Éstos, como elemento central y basilar de su propio concepto, se definen por no ser poderes soberanos, y que, en la medida en que han sido creados y ordenados por la Constitución, a la que, por lo demás, deben todas sus facultades, han de limitar su actuación a lo establecido por la Ley Constitucional, contra la que nunca podrán ir. Circunstancia ésta que si, desde un punto de vista jurídico-político, permite afirmar, por ejemplo, a un Martin Kriele⁹³ o a un Carl Friedrich⁹⁴ que lo que auténticamente definidor del Estado Constitucional es el que, en su seno, y siempre en condiciones de normalidad, no hay soberano, autoriza, asimismo, y en vía de principio, a dar la razón a Paine⁹⁵, Krabbe⁹⁶ y Kelsen⁹⁷ cuando, desde una perspectiva estrictamente jurídica, proclaman que la única soberanía posible en el Estado es la de la Constitución, sobre todo si se entiende que con este aserto lo que se pretende es indicar que, en el Estado Constitucional actuante, el Pueblo soberano mantiene de forma indirecta su presencia en la vida de aquél a través de un Código Constitucional que es obra suya⁹⁸.

Este esquema, como de una u otra forma había sucedido ya con la doctrina de Sieyès⁹⁹, es el que desaparece en la obra de Jellinek. Y lo hace como consecuencia, directa, inmediata y fatal, de introducir en la vida del Estado Constitucional ya operante a un sujeto, el *Kaiser*, al que se le tiene como soberano en todo momento. Toda la lógica del Estado Constitucional queda, de esta suerte, destruida.

De ahí se deriva, como no ha de ser, en nuestra opinión, difícil de entender y compartir, la incapacidad que mostró el insigne Profesor de Heidelberg para conseguir alcanzar en su obra la auténtica afirmación de la Constitución como norma jurídica suprema. La razón es fácilmente comprensible.

Nadie puede ignorar que Georg Jellinek, llevado por su indudable ingenio, comprendió perfectamente que los Textos Constitucionales no eran sólo meros

93 Cfr. M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimación del Estado Constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980, págs. 149 y ss., y 318 y ss.

94 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *La Democracia como forma política y como forma de vida*, Madrid, 1962, 2.ª ed., págs. 33-34; *Gobierno constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, vol. I, pág. 60; *El hombre...*, cit., pág. 372.

95 Cfr. TH. PAINE, «El sentido común...», cit., pág. 42.

96 Cfr. H. KRABBE, *Lehre der Reichssouveränität: Beitrag zur Staatslehre*, Groningen, 1906, pág. 97.

97 Cfr. H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., págs. 141 y ss.

98 Sobre esta consideración, cfr., por todos, P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pág. 20.

99 Sobre este particular, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ, *El constitucionalismo democrático...*, cit., págs. 112-119, especialmente págs. 117 y ss., y bibliografía allí citada.

documentos de gobierno en los que, en último extremo, se consignaban los principios y valores por los que habría de conducirse la vida de la Comunidad Política. Por el contrario, entendió que aquéllos tenían una dimensión jurídica, y una proyección normativa, inherente a su propio concepto. Buena prueba de ello son las proclamas que realiza el que, sin disputa, se presenta como el más válido y útil de los componentes de la Escuela Alemana de Derecho Público. Así, el ilustre jurista alemán no duda en afirmar que las «Constituciones contienen preceptos jurídicos»¹⁰⁰, o que se trata de normas jurídicas singulares en cuanto que las «leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad. [...] Solamente donde se dan semejantes garantías puede hablarse, propiamente de leyes constitucionales en sentido jurídico. Cuando faltan tales garantías esas leyes no se distinguen en nada, según el Derecho Constitucional, de las otras»¹⁰¹, o, por último, el que de estas garantías se deriva una cierta superioridad de la Constitución, ya que «Por encima del legislador [ordinario] se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado. Estas Leyes fundamentales, inmovibles, difíciles de cambiar, deben dirigir la vida del Estado merced a su poder irresistible. No pueden alterarse por los poderes establecidos, sólo pueden modificarse según sus propias normas que son difícilmente actuables»¹⁰².

Ocurre, no obstante, que estas tan categóricas sentencias pierden toda su virtualidad en el terreno de la realidad. Y ello por la sencillísima razón de que las mismas están, de manera irresistible y fatal, condenadas a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones como consecuencia de la afirmación que, como el resto de sus compañeros de Escuela, hace Georg Jellinek del principio monárquico. Al fin y al cabo, lo que hace Jellinek no es más que repetir los fundamentos del monarquismo alemán que, como, con claridad meridiana y total contundencia y acierto, denunció ya Heller¹⁰³, determinaron que hasta 1918 no pudiera abrirse paso en Alemania la idea del Estado Constitucional de Derecho en tanto en cuanto ésta pugnaba de modo abierto y frontal con la creencia, directa e inmediatamente derivada de los presupuestos del principio monárquico, de que el monarca era anterior y superior a la Constitución.

A este respecto, es menester advertir inmediatamente que, como consecuencia de esta afirmación, los principios fundamentales, centrales y basilares del Estado Constitucional, —el principio democrático, conforme al cual la soberanía sólo puede corresponder al Pueblo¹⁰⁴, y el principio de supremacía constitucional, por el que se entiende que todas las autoridades que actúan en su seno están obligadas al cumplimiento de la Constitución, que es la obra del

100 G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991, pág. 4.

101 G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 15. Cfr., también, G. JELLINEK, *Teoría General...*, cit., págs. 401 y ss., en particular pág. 403.

102 G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 5.

103 Cfr. H. HELLER, *Las ideas...*, cit., págs. 32 y ss.

104 Cfr., a este respecto, y por todos, J. R. A. VANOSI, *Teoría Constitucional. I. Teoría Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Buenos Aires, 1975, págs. 275-296.

Pueblo—, se hallan ausentes en toda la formulación teórica de la Escuela Alemana de Derecho Público, incluidas, pese a su mayor rigor y precisión¹⁰⁵, las construcciones de Jellinek. De esta suerte, lo que sucede es que el monarca, que, como representante del Estado soberano, se convierte en el verdadero soberano, se sitúa por encima de la Constitución. Con lo que, de manera inevitable, la fuerza normativa de sus preceptos queda limitada a la mera organización de los Poderes Legislativo, Ejecutivo —en cuanto que Gobierno y Administración Pública— y Judicial, pero carecerán de la más mínima fuerza jurídica obligatoria y vinculante respecto del rey. En tales circunstancias, no resultaría exagerado afirmar que lo que de verdad hizo la Escuela Alemana de Derecho Público, ya sea porque atribuyen directamente la soberanía al monarca identificado con el Estado, ya sea porque lo elevan a la condición de soberano por ser el único representante posible del Estado, fue, de una u otra forma, poner en marcha una nueva y reformulada versión de lo que, en relación con la práctica jurídica y política de la Edad Media, McIlwain¹⁰⁶ había denominado «enigma Bracton». Este último, en su «*De legibus et Consuetudinibus Angliae*»¹⁰⁷, había ya incurrido en la contradicción de afirmar, por una parte, que la ley, en cuanto que norma jurídica suprema de la Comunidad Política, obliga tanto a gobernados como a gobernantes, los cuales han de sujetar su actuación a los mandatos de aquélla, y, por otra, proclamar que el rey es un sujeto *legibus solutus*.

El resultado de todo ello, no podría ser, según nuestro modesto entender, más evidente. Y sus efectos se manifestarán tanto en el orden académico como en el puramente práctico. Mi querido y admirado Maestro, Pedro De Vega, ha realizado una serie de fundamentales observaciones al respecto, que, por compartirlas plenamente, no puedo dejar de consignar.

Ya hemos indicado que, a diferencia de lo que sucedió en Estados Unidos de América, lo que caracterizó la forja del Estado Constitucional en la Europa de finales del siglo XVIII, el XIX y primeros años del XX, fue el intento de erigir aquél sobre la confrontación entre el principio monárquico y el principio democrático, y, en el terreno de los hechos, con una clara supremacía del primero. Lo que, como decimos, habría de generar consecuencias altamente nocivas para la ponderada y cabal formulación de la Teoría de la Constitución. Y es que, como, con total y absoluta precisión, ha indicado el Profesor De Vega¹⁰⁸, el esfuerzo por construir una dogmática que, renunciando al dogma de la soberanía popular como criterio político legitimador del sistema, pretendía vertebrar la Comunidad sobre los presupuestos ideológicos derivados del principio monárquico, lo que hizo fue poner de manifiesto la precariedad y la menesterosidad intelectual de un Derecho Constitucional que no podía, bajo ningún concepto, convertirse en el Derecho de un Estado Constitucional que no existía como realidad histórica. La Teoría Constitucional, elaborada al margen de los

105 En este mismo sentido, cfr., por todos, A. BALDASSARRE, «Constitución...», cit., pág. 12.

106 Cfr. CH. H. McILWAIN, *Constitucionalismo...*, cit., págs. 91-116, especialmente págs. 99 y ss.

107 H. DE BRACON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, New Haven, 1922.

108 Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., págs. 23-24.

principios y valores que determinaron históricamente el nacimiento del constitucionalismo moderno y, además, sin que en la práctica real operasen las condiciones sociales y políticas que requiere aquél, se presentaba, de esta suerte, como una teoría fantasmagórica y espectral con una escasa, o nula, virtualidad práctica. Lo que, en definitiva, obliga a dar la razón a Hermann Heller¹⁰⁹ cuando, habida cuenta su excesivo formalismo, acusó a los von Gerber, Laband y Jellinek de caer en el absurdo de edificar una Teoría del Estado, sin Estado, y una Teoría de la Constitución, sin Constitución.

Y si esto es así en el ámbito académico, la falta de eficacia real del principio democrático generaría, también, unas nefastas consecuencias en el campo de la Política y el Derecho prácticos. Consecuencias que se concretaban en aquella tantas veces afirmada ausencia de fuerza jurídica obligatoria y vinculante de los preceptos constitucionales. La Constitución, explicada y obligada a operar desde los supuestos ideológicos derivados del principio monárquico como criterio inspirador, legitimador y vertebrador del Estado, quedaba relegada a la posición de una mera ley ordinaria.

De ahí se deriva, justamente, su escasa eficacia jurídica. En efecto, lo que sucede es que, como ha escrito De Vega, si nadie puede negar que lo que caracterizó a los Textos Constitucionales de finales del siglo XVIII, los del XIX y primeros años del XX fue la falta de eficacia jurídica, es lo cierto que «esa escandalosa carencia no se produjo porque las Constituciones no fueran leyes (que por supuesto lo eran) sino porque no se configuraron ni entendieron propiamente como Constituciones. [...] Y lo que, en un ejercicio de sorprendente prestidigitación, el constitucionalismo del siglo XIX pretendió efectuar, fue la conversión de la Constitución, que a nivel jurídico sólo puede ser entendida como *Lex Superior*, en una ley ordinaria, otorgándole, no obstante, a nivel político, un valor simbólico de norma fundamental. Con lo cual, ni jurídicamente las Constituciones sirvieron como leyes, ni políticamente cumplieron las funciones que se les quiso atribuir»¹¹⁰.

IV. LA PERVIVENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO FORMALISTA EN EL PERÍODO ENTRE GUERRAS Y SUS CONSECUENCIAS. LA NEGACIÓN DE LA VIABILIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

No hace falta ser en extremo sagaz y perspicaz para comprender que todas aquellas, —por lo demás, colosales—, transformaciones de orden social, económico y, de manera fundamental, políticas que comienzan a ponerse en marcha con el fin de la Primera Guerra Mundial, habrían de generar también consecuencias en el ámbito, práctico y académico, del Derecho. Consecuencias

109 Cfr. H. HELLER, *Teoría del Estado* (1934), México 1983, 1ª ed., 9ª reimpr., págs. 68-69, y 42-43.

110 P. DE VEGA, «Prólogo», cit, págs. XIV-XV.

que, en último extremo, se concretan en el inicio del ocaso de las formulaciones del positivismo jurídico formalista de la Escuela Alemana de Derecho Público.

Debemos, sin embargo, advertir inmediatamente que el que, a partir de 1918, se iniciase su declive, en modo alguno significa que aquellos postulados, formales y materiales, desapareciesen completamente en el ámbito científico. Antes al contrario, lo que sucede es que, como, con acierto, ha indicado Pedro De Vega, «Resultaría históricamente incorrecto aspirar a reconstruir una línea argumental de carácter teórico que, iniciada en JELLINEK, llegara hasta nuestros días, por la sencillísima razón de que esa línea no existe. Ahora bien, no dejaría de ser igualmente arbitrario y absurdo prescindir absolutamente del pensamiento del positivismo y el formalismo jurídico como algo definitivamente periclitado»¹¹¹. Y es que, en efecto, aquellos postulados no desaparecieron, desde luego, en el período que, sumándonos al criterior general, denominamos «Teoría Constitucional de Weimar». Pero tampoco lo hicieron en el marco del constitucionalismo surgido tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, de suerte tal que, como nadie puede desconocer, se encuentra muy presente, y sigue operando en muchos aspectos de la actual dogmática del Derecho Público¹¹².

De cualquier forma, lo que a nosotros interesa, aquí y ahora, es tan sólo la influencia que el positivismo jurídico formalista ejerció en la forja dogmática de la Teoría de la Constitución en el período entre guerras. Influencia que en modo alguno fue pequeña. En efecto, durante ese período histórico que se identifica con la vida de la República de Weimar, las tesis metodológicas puestas en pie por la Escuela Alemana de Derecho Público fueron aceptadas, y mantenidas, por no pocos autores, y desde la más diversas posiciones ideológicas.

A) LAS INTENCIONES DEMOCRÁTICAS DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y SU FRACASO, O DE LOS INGENIEROS CONSTITUCIONALES COMO COLABORADORES INVOLUNTARIOS DE LOS TOTALITARISMOS

Hubo, en este sentido, quien se adscribió a los postulados del positivismo jurídico formalista desde la aceptación de la idea kelseniana de que «En la democracia, la seguridad jurídica reclama la primacía sobre la justicia, siempre problemática; el demócrata propende más al positivismo jurídico que al Derecho natural»¹¹³. Tal es el caso, por ejemplo, y con todas las matizaciones que quieran hacerse al respecto¹¹⁴, de Gerhard Anschütz y Richard Thoma¹¹⁵, así

111 P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 67.

112 Cfr., en este sentido, y por todos, A. BALDASSARRE, «Constitución...», cit., págs. 9-10.

113 H. Kelsen, «Forma de Estado y filosofía» (1933), en el vol. *Esencia y valor de la Democracia*, Barcelona, 1977, 2.^a ed., pág. 144.

114 Ha de tomarse en consideración, a este respecto, que el propio Thoma advirtió sobre los peligros que se derivaban del normativismo puro de Kelsen. Cfr., así, R. THOMA, *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, Bonn, 1948, págs. 6 y 7.

115 G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reich*, Berlín, 1921; G. ANSCHÜTZ Y R. THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tubinga, 1930, 2 vols.

como, de algún modo, y a pesar de su oposición al formalismo avalorativo que subyace en su construcción¹¹⁶, del propio Kelsen.

No es, obviamente, éste el momento oportuno para detenernos a discutir sobre la idea del jurista vienés es correcta, parcialmente correcta o claramente incorrecta. Sobre ello habremos de volver más tarde. Aunque, de todos modos, no está de más dejar ya apuntado, con el Maestro De Vega, que la «proposición según la cual el jurista como ingeniero constitucional es el primer servidor de la democracia, sólo vale en la medida en que la estructura democrática [...] se toma como una obra definitiva, como un ente de razón insuperable para el que se ha decretado ya «el fin de la historia». Cuando, por el contrario, se constata que esa organización de la democracia constitucional está cargada de problemas y sumida en múltiples contradicciones, el razonamiento instrumental del jurista a lo único que puede conducir es a convertir su oficio en ese menesteroso quehacer que ya describió Federico de Prusia cuando, dirigiéndose a sus generales, les dijo aquello de «vosotros conquistad sin recato, que ya vendrán los juristas con argumentos para justificaros»¹¹⁷.

Ninguna dificultad debería existir, en tales circunstancias, para comprender el porqué construcciones elaboradas con la intención de servir de instrumento teórico para la definitiva consolidación de la Democracia, pudieran acabar, en realidad, actuando como magníficos arsenales a los que, sin ningún esfuerzo, podían apelar los grandes dictadores de la pasada centuria para fundamentar su actuación, y para poder afirmar, sin empacho alguno, que el Estado donde gobernaban se constituía en un verdadero Estado de Derecho¹¹⁸, en realidad, y

116 Cfr., a este respecto, y por todos, P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., págs. 73 y ss.

117 P. DE VEGA, «En torno al concepto...», cit., págs. 702-703.

118 Sobre este particular, y aunque referido de manera concreta a la Italia fascista, cfr., por todos, H. HELLER, «Europa y el fascismo» (1929), en el vol. *Escritos políticos*, Madrid, 1985, págs. 30 y ss., y 56 y ss. Importa advertir que esta práctica no fue, en modo alguno, privativa de los dictadores del período entre guerras, sino que ha sido común a los que ha habido a lo largo de todo el s. XX. La España franquista supone un magnífico ejemplo a este respecto. En efecto, ha de recordarse que como respuesta al informe de 1962 de la Comisión Internacional de Juristas, de Ginebra, con el título «El imperio de la ley en España», que era fuertemente crítico con la legalidad franquista, el Gobierno publicaría un estudio, dirigido por M. Fraga Iribarne, intitulado «España, Estado de Derecho». Sobre todo esto, cfr., por todos, R. MORODO, *Atando cabos. Memorias de un conspirador moderado*, Madrid, 2001, págs. 545-549. De cualquier forma, es menester indicar que la afirmación de la dictadura como Estado de Derecho, realizada por el Gobierno franquista, sería plenamente asumida por todos los juristas conservadores y claramente antidemócratas españoles. Es más, todavía hoy no falta quien, actuando desde el principio monárquico y con los esquemas formalistas contruidos por la Escuela Alemana de Derecho Público —singularmente, apelando a Jellinek—, siga afirmando que la España franquista era un auténtico Estado de Derecho. Tal es el caso, p. ej., de Miguel Herrero de Miñón, extrañamente convertido en el gran justificador de los proyectos secesionistas del P.N.V. (vid., a este respecto, M. HERRERO DE MIÑÓN, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, 1998). Recuérdese, a este respecto, que Miguel Herrero, que tiene la soberbia de explicar el proceso de transición política como consecuencia directa de la publicación de su opúsculo *El principio monárquico: (un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales)* (Madrid, 1972), no dudaría en afirmar, ya en el ocaso de su carrera como político práctico en activo, que «porque el Estado franquista, al menos el que yo conocí en la década de los sesenta, era un verdadero Estado de Derecho. Es decir, un Estado en el cual, pese a su precaria legitimidad, los po-

dado la absoluta privación de todo su contenido material operado por el positivismo jurídico formalista, un mero Estado jurídico basado en una vacía nomocracia, donde lo único relevante es la forma¹¹⁹. Y es que, como ha denunciado De Vega¹²⁰, los totalitarismos de todo tipo demostraron una gran habilidad y astucia para aprovechar y servirse de la atmósfera cultural y política de Weimar para, en última instancia, proceder a la aniquilación de un Derecho Constitucional que, si de verdad es tal, únicamente podría responder a las ideas de Libertad y Democracia. Habilidad y astucia que alcanzaría su máxima expresión en cuanto que, como a nadie puede ocultársele, acababa convirtiéndose a los autores del positivismo jurídico formalista, —incluso a aquéllos que, como ocurría, por ejemplo, con Kelsen, eran unos auténticos demócratas, y se encontraban, además, claramente comprometidos con la defensa de la *Welstanschauung* democrática frente al peligroso ascenso del fascismo y el nacional-socialismo¹²¹—, en involuntarios colaboradores de los totalitarismos. Circunstancia ésta de la que si bien no cabe extraer una responsabilidad directa de los aquellos juristas, sí la tienen, habida cuenta de que esta utilización era la lógica consecuencia de sus continuamente proclamados objetivismo científico y neutralidad e indiferentismo ideológico, de modo indirecto. Al fin y al cabo, no puede olvidarse a este respecto que «Es cierto que difícilmente se puede imputar al intelectual el uso o el abuso que el político haga de sus ideas o de sus creaciones. La conversión de la ciencia en ideología no es, sin duda alguna, una operación científica, sino política. Pero no es menos cierto que —[...]— la función concreta del científico, o la función más concreta del intelectual, son también funciones sociales y, como tales, enjuiciables socialmente»¹²².

Lo que realmente nos interesa es dejar constancia, aquí, de que el mantenimiento del método del positivismo jurídico formalista por parte de los partidarios del régimen democrático no produjo, ni mucho menos, los resultados que aquéllos perseguían y anhelaban. Por el contrario, su pervivencia contribuyó, y no en poco, a que los Textos Constitucionales del período entre guerras encontrasen ciertas dificultades para su definitiva comprensión como verdaderas Constituciones y, en consecuencia, para que pudieran desplegar toda su potencialidad normativa.

deres públicos actuaban según normas preestablecidas y donde jueces y funcionarios nos tomábamos muy en serio ese genio expansivo del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres». Vid. M. HERRERO DE MIÑÓN, *Memorias de estío*, Madrid, 1993, pág. 22.

119 Sobre este particular, además del ya citado «Europa y el fascismo», cfr., H. HELLER, «¿Estado de Derecho o dictadura?» (1929), en el vol. *Escritos políticos*, cit., págs. 283-301, en especial págs. 288-289.

120 Cfr. P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 77.

121 Cfr., en este sentido, y por todos, A. LA PERGOLA, «Premesa» al H. Kelsen, *La Giustizia Costituzionale*, Milán, 1981, pág. X. P. DE VEGA, «Supuestos políticos...», cit., pág. 396. A. BALDASSARRE, «Constitución...», cit., págs. 23-24, vid., también, y en general, págs. 22-25 y 27 y ss.

122 P. DE VEGA, «Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual» (1971), en el vol. *Escritos político constitucionales*, México, 1987, 1.ª ed. reimpr., págs. 71-72.

La razón de que ello fuese así, es, en nuestra opinión, fácilmente comprensible. Al partir los Preuss, Anschütz, Thoma, etc. de parecidos planteamientos metodológicos y similares contenidos dogmáticos a los que utilizó la doctrina clásica del Derecho Público¹²³, sus conclusiones no podían diferir en mucho de las consecuencias que se derivaban del Derecho Constitucional elaborado por la Escuela Alemana de Derecho Público.

La problemática de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales es meridiana a este respecto. De manera harto insistente y reiteradísima, se ha reprochado a la Constitución alemana de 1919 el haber incurrido en la más que sobresaliente incongruencia de, por un lado, proceder a la amplísima y exuberante proclamación de los «derechos y deberes fundamentales de los alemanes», a cuyos preceptos, en cuanto que normas fundamentales, se dotaba de fuerza jurídica con vinculación jurídica, y, por otro, reducir a las normas constitucionales declarativas de la libertad civil a la condición de meras normas programáticas carentes, en consecuencia, de fuerza jurídica obligatoria y vinculante directa¹²⁴. Circunstancia ésta que, en muchas ocasiones, se ha tratado de explicar¹²⁵ como el lógico y consecuente resultado de la renuncia por parte del Constituyente weimariano a introducir un sistema de lo que, por utilizar la conocida expresión de Mauro Cappelletti¹²⁶, podemos denominar «jurisdicción constitucional de la libertad», articulada, básicamente, a través del control de constitucionalidad de las leyes y de institutos como el juicio de amparo mexicano, la *Verfassungsbeschwerde* alemana, o el recurso de amparo establecido en las Constituciones españolas de 1931 y 1978. Carencia ésta que, por lo demás, no pudo ni siquiera ser corregida cuando, en 1925, y en el terreno de la práctica, se puso en marcha el control material difuso de constitucionalidad. La eficacia jurídica de los derechos fundamentales, se dirá, quedaba ciertamente limitada, en el sentido de que, como escribió Bachof, «Mientras las reglas del control judicial estuvieron vagamente formuladas, sujetas a dudas en cuanto a su obligatoriedad y entregadas a la discrección del legislador en cuanto a su vi-

123 Cfr., en este sentido, y por todos, P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 78.

124 Cfr., a este respecto, K. HESSE, «Significado de los derechos fundamentales», en E. BENDA, W. MAIHOFFER, H. VOGEL, K. HESSE, W. HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, págs. 85-86; *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, 1995, pág. 49. H.-P. SCHNEIDER, vol. *Democracia y Constitución*, cit, pág. 16 («Democracia y Constitución. Orígenes de la Ley Fundamental»), 79 («Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales»), 123-124 y 133 («Peculiaridades y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático»).

125 En este sentido, cfr. K. HESSE, *Derecho Constitucional...*, cit., págs.50-51. Vid., también, J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, pág. 19. De singular interés resulta, sobre este particular, la consulta de las dificultades y vicisitudes que encontró la recepción de la justicia constitucional en el Derecho Constitucional de la República de Weimar, y que, a la postre, determinó la exclusión de los derechos fundamentales como parámetro de la constitucionalidad de la ley; cfr., al respecto, y por todos, P. CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., especialmente págs. 71-227.

126 M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955. Sobre la misma, vid., también, J. L. CASCAJO CASTRO, «La jurisdicción constitucional de la libertad», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119 (1995), págs. 149 yss.

gencia en el tiempo, el control judicial tuvo que permanecer siendo un arma sin filo e ir a para finalmente al vacío»¹²⁷.

En nuestra modesta opinión, y dicho sea con todos los respetos, la anterior interpretación no es la más adecuada para explicar la falta de eficacia jurídica directa de las normas declarativas de derechos fundamentales. Al fin y al cabo, la posibilidad de reacción jurisdiccional por parte de los ciudadanos frente a las posibles violaciones de su *status* jurídico subjetivo¹²⁸ podía, muy bien, haberse puesto en marcha sin necesidad de establecer un sistema jurisdiccional específico para ello. Así sucedió, por ejemplo, en Estados Unidos. El problema, creemos, es mucho más grave y profundo. Y, en último término, se deriva directamente de las concepciones científicas y metodológicas mantenidas por los autores, inspiradores y primeros comentaristas del Texto de 1919.

Es menester recordar, a este respecto, que la Constitución alemana de 1919 fue elaborada, discutida y aprobada bajo la más que notable influencia de Hugo Preuss¹²⁹, quien, por lo demás, se presentaba como el jurista más influyente del período constituyente de la recién proclamada República. Pues bien, lo que nos interesa es señalar que partió Preuss¹³⁰ de la idea de que desde principios del siglo XIX, el concepto de soberanía comenzó a palidecer, y ello como consecuencia, directa e inmediata, de la entrada en escena de la idea de Estado de Derecho, la cual estaba llamada a extirpar y substituir no sólo el propio concepto de soberanía, sino también la misma palabra. Pensamiento éste que, como seguramente no podría ser de otra forma, le condujo a propugnar su radical eliminación de las construcciones de Teoría del Estado y del Derecho Constitucional, lo cual, dirá, «era sólo un pequeño paso más en el camino que venía recorriendo desde hacía tiempo la Ciencia del Estado»¹³¹.

Lo anterior, como es lógico, no podía dejar de generar ciertas consecuencias para el desarrollo, teórico y práctico, del Derecho Constitucional europeo. Y éstas no son otras que las del mantenimiento de las dificultades para la comprensión de los Textos Constitucionales como auténticas Constituciones, así como la, paradójica, incapacidad para afirmar definitivamente la dimensión jurídica y la proyección normativa de los Códigos Fundamentales. Lo que, por lo demás, no es sino el consecuente corolario del intento de construir una Teoría de la Constitución privada del que, sin disputa, se erige en el fundamento último del propio Estado Constitucional: el principio democrático. Recuérdese, en este sentido, que tan sólo es posible obtener una cabal y ponderada comprensión de la Constitución cuando la misma se concibe como el

127 O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, pág. 42; vid., también, págs. 39-41.

128 Sobre esto, cfr. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1944), México, 1987, 2.ª ed., 5.ª reimpr., págs. 315-316.

129 H. PREUSS, *Deutschland Republikanische Reichsverfassung*, Berlín, 1919; *Um die Reichsverfassung vom Weimar*, Berlín, 1924; «Verfassungsändernde Gesetze und Verfassungsurkunde», *Deutscher Juristentag*, bd. 29 (1924), págs. 649 y ss.

130 Cfr. H. PREUSS, *Gemeinde, Staat und Recht*, 1888, págs. 92, 98, 118, 122, 126, 133, 136, 138, 140, 165, 209, 212 y 223.

131 H. PREUSS, *Gemeinde...*, cit., pág.135.

fruto de la voluntad mayoritaria¹³² de un Pueblo que se sabe soberano, y que actúa como tal, y cuyos preceptos, y como, con meridiana claridad, advirtió Heller¹³³ para todo tipo de Derecho, únicamente aparecen revestidos de ese carácter de normas jurídicas obligatorias y vinculantes en la medida en que las mismas se encuentran respaldadas por un poder soberano, el Poder Constituyente, que les confiere tal carácter.

Esta confusión, de manera inevitable, habría de proyectarse también sobre la problemática de los derechos fundamentales. En concreto, nos encontramos con que, en los primeros años de vigencia de la Constitución alemana de 1919, la doctrina positivista que se inicia con Preuss, y que se mantendría con los Anschütz y Thoma, entre otros, procedería a la negación de la eficacia jurídica directa de las normas constitucionales declarativas de derechos. Lo que, según nuestro modesto parecer, no resulta difícil de comprender.

En efecto, nada de extraño tiene que, partiendo de una tal concepción del Derecho Constitucional, el positivismo jurídico formalista de la República de Weimar procediera, como denunció Smend¹³⁴, a afirmar que los artículos contenidos en la «Parte Segunda» de la Constitución de 1919 (arts. 109-165) eran, en realidad, unas meras normas programáticas que, como tales, carecían de una auténtica fuerza jurídica y normativa inmediata. De esta suerte, lo que ocurría, según la tesis de los positivistas formalistas, es que para que aquéllos resultasen jurídicamente vinculantes y obligatorios, era necesario que, además de haber sido reconocidos constitucionalmente, tales derechos fundamentales hubieran sido regulados y desarrollados por normas de Derecho ordinario, o, si se prefiere, de Derecho técnico especial. Concepción ésta que, como veremos, habría de interesar sobremanera a los totalitarismos para, una vez ocupado el poder político, llevar a cabo sus fines.

Varias son, de cualquier forma, las críticas que han de dirigirse a una tal concepción de los derechos fundamentales. Éstas se refieren tanto a las consecuencias puramente prácticas que se derivan de ella, como a las que se producen en orden a la cabal forja dogmática del Derecho Constitucional. De todas ellas, a nosotros, en este momento, nos interesa destacar tan sólo tres. Veámoslas, aunque sea de modo sintético.

Primera. La primera de ellas, es la de que el positivismo jurídico formalista de la época de Weimar se situaba, como ya había hecho la Teoría del Estado formalista anterior, al margen de las categorías «espacio» y «tiempo» para la elaboración de su Teoría de la Constitución. Téngase en cuenta, en este sentido, que lo que estos autores hacían no era, en último extremo, más que proyectar el régimen de la libertad civil del Estado Constitucional liberal sobre el moderno constitucionalismo democrático y social. Ésta es, en efecto, su principal característica. Y es que, como a nadie puede ocultársele, al afirmar que los dere-

132 Cfr., a este respecto, y por todos, H. HELLER, *La soberanía...*, cit., pág. 166.

133 Cfr. H. HELLER, *La soberanía...*, cit., págs. 141-142.

134 Cfr. R. SMEND, «Constitución y Derecho Constitucional» (1928), en el vol. *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, págs. 228-229.

chos y libertades reconocidos en el Texto weimariano sólo serían eficaces cuando fuesen desarrollados por el Legislador ordinario, lo que los Preuss, Anschütz, Thoma, etc. hacían, no era más que mantener la situación propia y definidora del constitucionalismo liberal, en el que, como escribe, por ejemplo Herbert Krüger, «los derechos únicamente valían en el marco de las leyes»¹³⁵..

Lo de menos es detenerse, aquí, a denunciar lo absurdo que, desde el punto de vista metodológico, resulta esta opción para la adecuada construcción de una Teoría de la Constitución con la que se pretender explicar un Derecho Constitucional comprendido como el derecho de la realidad estatal, que es siempre, y por definición, una realidad histórica cambiante. Aunque, de cualquier manera, no está de más indicar que lo es, y mucho. Basta, en este sentido, con tomar en consideración que, en la medida en que, con el fin de la Primera Guerra Mundial, se operó un cambio en el principio que actuaba como criterio inspirador, legitimador, fundamentador y vertebrador de la Comunidad Política, el sistema de la libertad liberal era un modelo histórica y políticamente periclitado en el momento en que la Constitución alemana de 1919 entró en vigor.

Lo que, de verdad, nos interesa ahora, es poner de manifiesto las consecuencias que se derivan de esta concepción de la eficacia de los derechos fundamentales. Y éstas, de una manera básica, se concretan en que el positivismo jurídico formalista weimariano perpetuaba todas aquellas incongruencias y absurdos en los que, en este problema, había incurrido el constitucionalismo liberal, los cuales habían determinado que, como ha puesto de relieve el Maestro De Vega, «las libertades burguesas no se realizaban y perecían, víctimas de su propia incompetencia»¹³⁶. Circunstancia ésta que, una u otra suerte, se convertiría en uno de los factores principales de la situación de crisis total a la que llegó el Estado liberal y, en definitiva, de su necesaria substitución, con el fin de la Primera Guerra Mundial, por el Estado democrático.

Nos referimos, de un modo concreto, al hecho de que, al concebir los liberales la libertad individual como algo anterior y, en todo caso, ajeno al Estado, y cuya eficacia dependía del doble dato de que, por un lado, hubiese sido reconocida de forma solemne en las Declaraciones de Derechos, y, por otro, que hubieran sido desarrollados por la legislación ordinaria, lo que sucedía es que la posibilidad misma de su existencia y real eficacia en el marco de la Comunidad Política, acababa quedando al albur de la voluntad de quien en cada momento ocupase el poder político. Fácilmente se comprende, de esta suerte, el interés que la construcción del positivismo jurídico sobre la problemática de los derechos fundamentales despertaba en los totalitarismos. En su virtud, y como ha señalado Heller¹³⁷, podían éstos presentar su política como democrática y legitimada por la voluntad popular. Téngase en cuenta, a este respecto,

135 H. KRÜGER, *Grundgesetz und Karlellgesetzbund*, Bonn, 1950, pág. 12.

136 P. DE VEGA, «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en M. A. García Herrera y J. Corcuera Atienza (eds.) y otros, *Derecho y Economía en el Estado social*, Madrid, 1988, pág. 125.

137 Cfr. H. HELLER, «Estado de Derecho...», cit., págs. 296-297.

que con la apelación a las tesis del positivismo jurídico, incluso las que se habían elaborado con la pretensión de contribuir a la consolidación de la Libertad y la Democracia, podía el totalitarismo, manteniendo no obstante los esquemas formales del constitucionalismo liberal, proceder a la absoluta eliminación de la libertad civil para la generalidad de los ciudadanos, y convertirla en auténticos privilegios para aquéllos a quienes el dictador deseaba favorecer. Para ello, — y como, de nuevo, nos enseña Hermann Heller¹³⁸—, lo único que necesitaban era poner en vigor una norma que, aprobada con el nombre de «ley», y elaborada de acuerdo con el procedimiento legal-constitucionalmente previsto para ello, así lo estableciera.

Segunda. La segunda de las críticas al positivismo jurídico formalista que me interesaba destacar, se encuentra, de manera innegable, íntimamente ligada con la anterior, si no es la causa última de ésta. La misma se refiere a la incapacidad demostrada por los autores del positivismo jurídico formalista weimariano para comprender, de forma plena, total y ponderada, el verdadero significado y alcance de la trascendental transformación que se operaba en el mundo del Derecho, la Política y el Estado como consecuencia de la sustitución del constitucionalismo liberal por el constitucionalismo democrático y social. Incapacidad que, según nuestro modesto parecer, no era más que el lógico y consecuente correlato de los planteamientos metodológicos y contenidos dogmáticos con los que operaban los Preuss, Anschütz, Thoma, etc., y que, de cualquier modo, no resulta difícil de comprender.

Es menester recordar, a este respecto, que partió el positivismo jurídico de la, de una u otra suerte, deificación, y mitificación, de la norma jurídica. Esto es, entendían que el Derecho empezaba y terminaba en el texto de la ley. Lo que, traducido en otros términos, significaba que en el estudio de la Constitución, el jurista, como científico, no necesitaba más datos que los que se derivan de la propia literalidad de los Códigos Jurídico-Políticos Fundamentales. Todo lo más, y dando así paso al positivismo jurídico jurisprudencial, —con el que se operaba una no menor deificación y mitificación de las sentencias—, el científico tendría que tomar en consideración la interpretación que hacían los jueces de las normas constitucionales que pretendían estudiar. Comprendido de este modo su objeto de estudio, nada de extraño tiene que entendieran los juristas positivistas, formalistas y jurisprudencialistas, que era, no sólo posible, sino necesario el forjar una Teoría de la Constitución totalmente objetiva, científica y, por lo demás, absolutamente neutral desde el punto de vista ideológico, elaborada, en todo caso, al margen de la realidad política, social y económica subyacente.

Aunque diferenciados por su objeto de atención, no existiría diferencia alguna entre el método empleado por los juristas positivistas, y el utilizado por el positivismo de los August Comte¹³⁹, Johann Caspar Bluntschli¹⁴⁰, Karl Salomo

138 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 74-75 y ss.

139 A. COMTE, *Discurso sobre el espíritu positivo*, Madrid, 2000.

140 J. C. BLUNTSCHLI, *Allgemeine Staatsrecht*, Munich, 1852; *Théorie Générale de l'État*, París, 1877; *Derecho Público Universal*, Madrid, 1880, 2 vols.

Zachariä¹⁴¹, Franz von Holtzendorff¹⁴², Gaetano Mosca¹⁴³, Robert Michels¹⁴⁴ y Vilfredo Pareto¹⁴⁵. Tanto es así, que muy bien podían los juristas positivistas hacer suyas las palabras de Michels de que «La finalidad principal de la ciencia no es crear sistemas sino, más bien, promover su comprensión. Tampoco el propósito de la ciencia sociológica es descubrir ni redescubrir soluciones [...] El propósito del sociólogo ha de ser, más bien, exponer en forma desapasionada las tendencias y fuerzas antagónicas, las razones y las refutaciones; exponer, en resumidas cuentas, la trama y la urdimbre de la vida social»¹⁴⁶.

Lo de menos es denunciar, aquí y ahora, la falacia y la incongruencia que subyace en un tal planteamiento. Aunque, acaso, sí resulte pertinente y oportuno, el recordar la doble observación que, en los años 1969 y 1970, realizó Pedro De Vega al respecto. Nos referimos, en primer lugar, a la acertada advertencia de que es total y definitivamente imposible mantener una absoluta neutralidad ideológica en el ámbito de las Ciencias Sociales. Ni siquiera en el de una ciencia social-normativa, como es la del Derecho Constitucional. Antes al contrario, nos encontramos con que Ciencia e ideología mantienen una inescindible relación, que se manifiesta en un triple sentido: Primero, en tanto en cuanto que, como escribe De Vega, «Puesto que la propia mecánica del comportamiento teórico requiere, en todo caso, partir de determinados puntos de vista y seleccionar aquellos aspectos de la realidad que parecen más relevantes, es evidente que a la base del mismo existe siempre una decisión metafísica y esencialmente valorativa por la cual se hacen prevalecer, entre los múltiples matices que la realidad ofrece, unos sobre otros»¹⁴⁷; lo que, como es obvio, significa que en el origen de toda investigación en el campo del Estado, la Política y el Derecho, se encuentra siempre, e inexorablemente, un previo posicionamiento ideológico por parte del estudioso. Segundo, y directamente relacionado con lo anterior, sucede que, si es la ideología la que determina el objeto de la investigación, el desarrollo de ésta conducirá a la reafirmación, modulación o rechazo de la inicial posición ideológica de la que partía el investigador, en el sentido de que, como, en su día, advirtió el Maestro, las «exigencias que la propia realidad impone, lo que ha hecho que el tema adquiera su máxima complejidad y dramatismo en la medida en que, de un modo u otro, y más o menos abiertamente, las tomas de posición intelectual llevan aparejadas inevitables to-

141 K. S. ZACHARIÄ, *Das Staatsrecht der Reimischen Bundesstaaten un das Rheinische Bundesrecht*, Heidelberg, 1810.

142 F. VON HOLTZENDORFF (ed.), *Enciklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer un alphabetischer Bearbeitung*, Leipzig, 1870.

143 G. MOSCA, *Elementi di Scienza Política*, Turín, 1923, 2.ª ed.; *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1984.

144 R. MICHELS, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna* (1911), Buenos Aires, 1979, 2 vols.

145 V. PARETO, *Il sistema socialista*, Turín, 1951; *Trattato di Sociologia generale*, Florencia, 1923.

146 R. MICHELS, *Los partidos políticos...*, cit., vol. 1, pág. 8.

147 P. DE VEGA, «Ciencia Política e ideología» (1970), en el vol. *Estudios político constitucionales*, cit., pág. 143.

mas de posición políticas»¹⁴⁸. Tercero, porque esta toma de posición intelectual y política respecto del problema seleccionado, habrá de condicionar, de manera inevitable, el resultado y las conclusiones a las que llegará la memoria de la investigación.

Lo que nos interesa es poner de manifiesto que, frente a la idea, magníficamente expresada, por ejemplo, por Smend¹⁴⁹, de que únicamente resulta posible alcanzar una cabal y ponderada comprensión del Derecho Constitucional cuando por Constitución se entiende tanto la propia Ley Constitucional, como la realidad política, social y económica que aquélla pretender regular, y que es, justamente, de la conjunción y adecuación entre realidad jurídica y realidad político-social de lo que depende que los Códigos Fundamentales gocen, o no, de una verdadera fuerza normativa¹⁵⁰, el positivismo jurídico, en su empeño por elaborar una Teoría de la Constitución totalmente objetiva, científica y políticamente neutra, procedió a decretar la separación rígida, total, absoluta y definitiva entre la realidad jurídica y la realidad política. Para ello, —y como, con gran contundencia y rigor, denunció ya Heinrich Triepel¹⁵¹—, los juristas positivistas se vieron obligados a mantener la absurda y antidialéctica tesis de la existencia de las dos verdades: la verdad jurídico-científica y la verdad histórico-política. Esta concepción, —que había sido puesta en marcha ya por la vieja Escuela Alemana de Derecho Público como mecanismo para superar tanto la reducción de las Ciencias del Estado al mero comentario exegético y legalista, como su conversión en una mera ciencia de carácter metajurídico, y abrir, así, el camino a una doctrina jurídica del Estado y a una vertebración lógica y sistemática del Derecho Constitucional¹⁵²—, partía de la idea de que estas dos verdades no es ya que no tuvieran que coincidir, sino que, incluso, podían estar en abierta y frontal oposición, de suerte tal que lo que es cierto y correcto desde el punto de vista de la verdad histórico-política, no tiene, sin embargo, por qué serlo en el ámbito de la verdad jurídico-científica.

Ni que decir tiene que lo anterior habría de interesar y convenir, y mucho a la práctica jurídica y política de los totalitarismos. Piénsese que, en el fondo, la distinción entre verdad jurídico-científico y verdad histórico-política, no es más que el lógico y consecuente resultado de aquella situación de crisis del Estado descrita, de modo magistral, por Heller¹⁵³, y que acabó actuando como coartada para la implantación de las dictaduras bolchevique, fascista y nacional-

148 P. DE VEGA, «Dialéctica y política» (1969), en el vol. *Estudios político constitucionales*, cit., pág. 133.

149 Cfr. R. SMEND, «Constitución...», cit., págs. 66 y 129 y ss.

150 Cfr., a este respecto, K. HESSE, «La fuerza normativa de la Constitución» (1959), en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, cit., págs. 61-84.

151 Cfr. H. TRIEPEL, *Derecho Público y Política [Discurso de toma de posesión del Rectorado de la Universidad Federico Guillermo de Berlín el 15 de octubre de 1926]* (1927), Madrid, 1974, págs. 40-41.

152 Cfr., en este sentido, y por todos, P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., págs. 65-66.

153 Sobre este particular, además de las ya citadas «Osservazioni...», «Europa y el fascismo» y «¿Estado de Derecho o dictadura?», cfr. H. HELLER, «La crisi della Dottrina dello Stato» (1926), en el vol. *La sovranità ed altri scritti sulla Dottrina del Diritto e dello Stato*, cit., págs. 31-66.

socialista. Esto es, la situación de crisis espiritual del Estado, cuyo origen, por un lado, se remonta al momento mismo en que, con la Revolución francesa, hizo su entrada en la escena europea el constitucionalismo moderno, y que, por otro, actuaría como fundamento último del nacimiento de la actitud y el método positivista en todos los campos de las Ciencias sociales¹⁵⁴, determinaría que el proceso de elaboración dogmática de la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional conociese, también, una profunda crisis en cuanto a su contenido y significado. Esta última se concreta en el intento de explicar la Comunidad Política desde el previo vaciamiento y despojamiento de todos aquellos principios y valores que permitían, como tuvo que admitir, incluso, alguien tan crítico con él como era Engels¹⁵⁵, definir al Estado, singularmente en su mani-

154 Cfr., en este sentido, P. DE VEGA, «Ciencia Política...», cit., págs. 143 y ss.

155 Cfr. F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (1884), Madrid, 1983, págs. 290 y ss. Nadie ignora, ni puede hacerlo, que comprendió, con acierto, Engels el Estado como un producto de la sociedad, cuya finalidad originaria era la de soslayar de algún modo el dominio absoluto de unas clases sociales sobre otras. Finalidad ésta de la que, según la opinión de Engels, el Estado se iría apartando progresivamente, convirtiéndose, de esta suerte, en un indiscutible instrumento de dominación en manos, primero, del monarca y la aristocracia/clero, y, posteriormente, de la clase burguesa. Comprendido de este modo el Estado, se iniciaría el debate en torno a cuál había de ser la postura de la izquierda respecto de aquella forma política. Debate que constituiría uno de los puntos más conflictivos en el marco del pensamiento socialista. Y no únicamente en cuanto a las difíciles relaciones entre el socialismo «marxista» y el «no marxista», sino que dicha conflictividad se verificaría también en el interior de las filas del socialismo marxista. Piénsese, en este sentido, que, pese a aceptar la descripción engelsiana del Estado como instrumento de dominación de la burguesía, entendieron, p. ej., FERDINAND LASSALLE (cfr. vol. *Manifiesto obrero y otros escritos políticos*, Madrid, 1989), —el, sin duda alguna, más representativo miembro del socialismo no marxista—, y EDOUARD BERNSTEIN (cfr. vol. *Socialismo democrático*, Madrid, 1990), —adscrito, hasta su depuración, al partido obrero marxista—, que la izquierda no tenía que tener como meta última la destrucción del Estado, sino que, por el contrario, su tarea habría de ser la de proceder a la transformación del Estado burgués para hacerle recuperar ese carácter de instrumento de liberación de los hombres, y, en particular, de quienes, siendo la clase mayoritaria, se encontraban más desfavorecidos. Creencia ésta que les conduciría a afirmar que, habida cuenta que la burguesía en modo alguno se mostraría favorable a ello, se hacía absolutamente necesario el que los partidos obreros se integrasen en la maquinaria de la Comunidad Política para llevar a cabo cuantas reformas fuesen precisas para lograr que el Estado atendiera al que, de acuerdo con J. G. FICHTE [*El Estado comercial cerrado. Un ensayo filosófico como apéndice a la Doctrina del Derecho y como muestra de una política a seguir en el futuro* (1800), Madrid, 1991, Libro segundo, cap. segundo, pág. 86, y Libro primero, cap. primero, págs. 16 y 20], es su deber fundamental, es decir, el lograr la igualación de los ciudadanos al poner a cada uno en posesión de lo que le corresponde y protegerlo. Muy distinta era la posición que, a este respecto, adoptarían Marx y Engels. En efecto, al identificar ambos el Estado, y la Nación, con la burguesía, lógico resulta que tanto Marx [cfr., en este sentido, y por todos, P. DE VEGA, «El carácter burgués de la ideología nacionalista» (1965/1977), en el vol. *Estudios político constitucionales*, cit., pág. 109] como Engels procederían a decretar la inevitable muerte del Estado. Muerte que, entendían, tendría lugar cuando la clase obrera, elevada ahora a la condición de única portadora de los intereses de la humanidad, se hiciese con todos los resortes del poder y comenzase a actuar la «dictadura del proletariado». Sobre la concepción marxiana del Estado, cfr., con carácter general, y por todos, H. HELLER, *Las ideas...*, cit., págs. 126 y ss. De cualquier modo, y como es de todos, sin duda, bien conocido, la determinación del verdadero significado de las palabras de Marx y Engels se convirtió en una de las, sin disputa, más fecundas y ricas polémicas en el ámbito de la izquierda, de manera fundamental en los primeros años del s. XX. Recuérdese, en este sentido, que, enlazando, de algún modo, con la filosofía irracionalista y las tác-

festación de Estado Constitucional, como el más perfecto y acabado instrumento de liberación de los hombres.

Privado el Estado de esta nota, —y, en consecuencia, de su verdadera naturaleza—, y proclamada la crisis y absoluta inviabilidad de la Democracia (Schmitt), fácil resultaba a los totalitarismos el aprovechar, y utilizar, las construcciones del positivismo jurídico formalista para, en último extremo, conver-

ticas del anarco-sindicalismo revolucionario preconizadas por Sorel, no faltó en el seno del movimiento socialista quien afirmase que las palabras de Marx y Engels debían entenderse de manera literal. Este es, p. ej., y de alguna forma, el caso de Max Adler. Cierto es que, en sus *Die Staatsauffassung des Marxismus*, este último admitía que «la eliminación del Estado a que Marx y Engels hacen referencia es la del *Estado de clase*» [citado por H. HELLER, «Socialismo y Nación», (1925/1931), en el vol. *Escritos políticos*, cit., pág. 190], y que, por lo tanto, aquella profecía sobre la muerte del Estado se refería al Estado burgués, pero no a la forma política «Estado» [cfr., en este sentido, y por todos, H. HELLER, «El sentido de la política» (1924), en el vol. *El sentido de la política y otros ensayos*, cit., págs. 59-60]. Ahora bien, si esto es así, no es, sin embargo, menos cierto que al concebir Adler, y sin posibilidad alguna de atribuir tal creencia a las tesis marxiano-engelsianas, el Estado, en cuanto que forma política genérica, como un mero instrumento de dominación, la sola conclusión a la que podía llegar es la de la afirmación de que la única posición posible, y aceptable, de la izquierda respecto del Estado era la de proceder a su destrucción, dando paso, así, a la sociedad sin clases en la que reinarían definitivamente la justicia y la igualdad. Frente a esto, otro sector del socialismo mantendrá una visión muy distinta de esta problemática. Este es el caso, p. ej., y sin ánimo de ser exhaustivos, de un SIGFRIED MARCK (*Marxistische Staatsbejahung*, Breslau, 1925), y, con un interés mucho mayor para nosotros, de un Hermann Heller. Para éste no existe, ni puede existir, duda alguna sobre el dato de que la forma política «Estado» es imprescindible, de suerte tal que «Quien destruya el Estado de hoy provocará el caos y nadie puede desde el caos crear cosa alguna» [H. HELLER, «Estado, Nación y Socialdemocracia» (1925), en el vol. *Escritos políticos*, cit., pág. 232]. Desde esta consideración, las apocalípticas previsiones de Marx y Engels adquieren un significado muy distinto, sobre todo respecto de la interpretación de las mismas efectuada por Adler al exponer no tanto la idea del Estado del marxismo cuanto la visión de éste que él mismo mantenía (cfr., este sentido, H. HELLER, «Socialismo y Nación», cit. pág. 190). Para Heller, en efecto, Marx y Engels se referían tan sólo a la muerte del Estado burgués o Estado capitalista, mientras que afirmaban la necesaria pervivencia de la forma política «Estado». Así las cosas, entenderá Heller que la tarea de la izquierda no puede ser la de aspirar a destruir el Estado, sino, muy al contrario, y consecuentemente, la de afirmarlo (cfr. H. HELLER, «Estado, Nación y Socialdemocracia», cit., págs. 228-230) y proceder a su reforma para dar paso a una nueva manifestación estructural de aquél: el Estado social o Estado socialista de Derecho [cfr., en este sentido, H. HELLER, «Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana» (1931), en el vol. *El sentido de la política y otros ensayos*, cit., págs. 69-74, en especial pág. 73]. De ahí se deriva, justamente, la afirmación de Heller (cfr. «Estado, Nación y Socialdemocracia», cit., pág. 232-233) de que, enlazando con las tesis de Lassalle y Bernstein y frente a la táctica revolucionaria, los partidos obreros hayan de integrarse en la propia maquinaria del Estado, que asuman, incluso, la responsabilidad del Gobierno, para, de este modo, lograr su transformación. Interesa, por último, advertir que en este último viaje, el socialismo democrático no estuvo solo. A él, y como seguramente no podía ser de otra forma, se le unirá el democratismo radical de corte rousseauniano. Un magnífico ejemplo de ello, nos lo ofrece el que, de manera innegable, fue el más rousseauniano (cfr., en este sentido, y por todos, R. MORODO, *Tierno Galván y otros precursores políticos*, Madrid, 1987, págs. 32, 40-41 y 50) y, pese a su extrañeza y protesta (cfr. M. AZAÑA, «Anotación de 1 de diciembre de 1932», en «Segundo Cuaderno. Del 28 de noviembre de 1932 al 28 de febrero de 1933», en el vol. M. AZAÑA, *Diarios 1932-1933. Los cuadernos robados*, Barcelona, 1997, pág. 81), el más robespierriano de todos nuestros políticos: M. Azaña. Recuérdese, a este respecto, que Azaña, en la temprana fecha de 1911, y bajo la inequívoca influencia del «Ciudadano de Ginebra», afirmaría que la Democracia, y, en consecuencia, los demócratas en su acción política, nunca podrían prescindir del Estado, sino que, concebido como un instrumento revolucionario de primer orden, han de proceder a su transfor-

tir al Estado, al que se endiosaba¹⁵⁶, en un verdadero instrumento de dominación al servicio de los intereses del dictador. Tanto más cuanto que la distinción entre «verdad jurídico-científica» y «verdad histórico-política» era, siempre, susceptible de ser completada con la idea de la «verdad de lo políticamente conveniente», en virtud de la cual no pocos juristas del positivismo formalista, incluso los democráticamente bien intencionados, acababan justificando las decisiones antidemocráticas del dictador. El supuesto de la *Preussenschlag*, en el que, con base en el artículo 48 de la Constitución de 1919¹⁵⁷, von Papen e Hindenburg procedieron a la disolución del Gobierno del socialdemócrata Otto Braun en el *Land* de Prusia, iniciándose así el, ciertamente lógico¹⁵⁸, proceso fáctico de eliminación del sistema federal, nos ofrece un excelente ejemplo de esto último. Fueron, en efecto, no pocos los juristas que, pese a reconocer que no le faltaba razón a Heller¹⁵⁹ en su defensa del Gobierno de Prusia, y ello por cuanto que tal medida no era correcta ni desde el punto de vista de la verdad jurídico-científica, ni desde el de la verdad histórico-política, procedieron a justificarla en cuanto era «políticamente conveniente». Criterio que, de igual manera, les hubiera llevado a aceptar una hipotética reforma con la que Hitler hubiera pretendido transformar el Estado Federal weimariano en una Confederación de Estados.

De cualquier forma, lo que nos interesa es que establecida la distinción y definitiva separación entre Derecho, la verdad jurídico-científica, y Política, la

mación histórica, ya que «Porque de él, de ese Estado con todos sus defectos de organización, con su ceguera y su parsimonia, es del único Dios de quien podemos esperar que ese milagro se verifique» [cfr. M. AZAÑA. «El problema español. Conferencia pronunciada en la Casa del Pueblo de Alcalá de Henares el 4 de febrero de 1911», en el vol. *Discursos políticos*, Barcelona, 2004, págs. 21-39, en especial págs. 35, 37 (de donde procede la cita) y ss.]. Ahora bien, el Estado en el que piensa Azaña, como ya había demostrado en su Tesis Doctoral, de 1900, y en su conferencia de ingreso, en 1902, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, es muy distinto al que había operado en el sistema constitucional liberal. En efecto, frente a un Estado liberal en el que, como consecuencia del sufragio restringido, el cuerpo político quedaba reducido a una única clase social: la burguesía, Azaña defenderá la existencia de un Estado en el que todas las clases sociales estén realmente integradas, y, naturalmente, también el proletariado, el cual, debidamente organizado en asociaciones profesionales (sindicatos) y políticas (partidos), debe implicarse de manera directa en la vida de la Comunidad Política. Cfr., a este respecto, M. AZAÑA, «La responsabilidad de las multitudes» (Tesis Doctoral, 1900) y «La libertad de asociación» (1902), ambos en el vol. *Azaña, jurista*, Madrid, 1990, págs. 125 y ss., y 173 y ss., respectivamente.

156 En este sentido, cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., pág. 54.

157 Sobre el mismo, cfr., por todos, C. SCHMITT, *Teoría...*, cit., pág. 126.

158 En este sentido, importa recordar que fue ya Heller quien, con meridiana claridad, llamó la atención sobre el que «Toda dictadura tiene que gobernar en sentido centralizador, es decir, concentrar en un cuerpo central la mayor parte posible de la actividad del Estado. [...] Es evidente, también, que no hay absolutismo posible sin descentralización administrativa, [...]. Pero las autoridades desconcentradas, u órganos de la autocracia absolutista, se limitan a administrar bajo la estrecha y constante dependencia y con arreglo a las instrucciones del dictador». Vid. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., pág. 78.

159 Sobre la defensa realizada por Heller del Gobierno de Braun frente a Schmitt, cfr. el vol. *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlín, 1933.

verdad histórico-política, y atribuyendo a esta última todos los elementos metajurídicos del Estado Constitucional, —a cuyo conocimiento, como ya había lamentado Jellinek¹⁶⁰, el jurista, ya sea de forma voluntaria, ya como consecuencia de su propia incapacidad para comprender el Estado, renuncia—, el positivismo jurídico formalista se vio incapacitado para comprender la auténtica dimensión de las transformaciones operadas en el ámbito jurídico y que, a la postre, no eran más que el lógico correlato de los cambios políticos acaecidos en Europa tras el fin la Primera Guerra Mundial. Tanto más cuanto que tales transformaciones, —que se inician en 1918 y que se consolidan definitivamente con el constitucionalismo de la segunda post-guerra mundial—, hunden sus raíces en el ámbito ideológico.

Es menester advertir, a este respecto, que el substancial cambio en las fuerzas que ocupaban las posiciones políticas mayoritarias, y, con ello, la aceptación plena del principio democrático, implicaba un más que sobresaliente cambio en los criterios ideológicos en los que se hacía descansar la organización de la Comunidad Política. Lo que, como es lógico, habría de producir consecuencias tanto en la concepción de la Constitución misma, como en la de los derechos fundamentales¹⁶¹. De una manera particular, nos encontramos con que la sustitución de la ideología liberal por la ideología democrática, supuso el abandono de la concepción de la libertad de los ciudadanos como algo anterior y, de algún modo, ajeno al Estado, que había conducido, por ejemplo, a John Wise¹⁶², —de cuyos planteamientos teóricos, por lo demás, son tributarios todos los procesos constituyentes que se han verificado, y que realmente merecen ser considerados como tales¹⁶³—, a afirmar la determinación de la libertad civil, el «momento de la libertad», como la primera etapa del proceso constituyente, y que, en la medida en que sirve de base al «momento del pacto social» (Isnard) y que los preceptos constitucionales no son más que las consecuencias naturales de la Declaraciones de Derechos (Desmeunier), condicionará las otras dos. Frente a esto, en efecto, se irá abriendo paso progresivamente la concepción rousseauiana de la libertad civil. Esto es, que los derechos fundamentales son un contenido implícito, esencial e irrenunciable del contrato social, y que es, justamente, porque forman parte de la voluntad del soberano por lo que aquéllos se imponen jurídicamente y su observancia resulta obligada tanto para los gobernados como para los gobernantes.

A todo ello se ha referido, con gran brillantez, rigor y precisión, el Maestro De Vega. Para éste, las transformaciones operadas con la sustitución del viejo edificio del constitucionalismo liberal por el moderno Estado Constitucional de-

160 Cfr. G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 41.

161 Sobre esta problemática, me permito, por comodidad, remitirme a J. RUIPÉREZ, «El trans-fondo teórico-ideológico de la «libertad civil» y su eficacia. De la conciliación entre Democracia y Libertad a la confrontación liberalismo-democracia», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20, 2007, págs. 175-230.

162 Cfr. J. WISE, *A Vindication...*, cit., págs. 30 y ss.

163 Cfr., sobre este particular, y por todos, CH. BORGEAUD, *Établissement...*, cit., págs. 17 y ss., y 29; P. De Vega, «Mundialización y Derecho Constitucional...», cit., pág. 28.

mocrático y social, habrían de manifestarse, por lo que ahora interesa, en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, y desde una óptica general, ocurre que «La indiscutibilidad ideológica de los principios y el acuerdo en los presupuestos políticos en que descansa la idea de Constitución, es lo que ha permitido al constitucionalismo [...], ponderar debidamente su dimensión jurídica y su proyección normativa»¹⁶⁴. En segundo término, y referido ya en concreto a la problemática de la libertad civil y su eficacia, lo anterior se traduce en que el «reconocimiento del principio democrático lo que introduce e impone es, precisamente, la lógica contraria [a la del Estado liberal]. Los derechos empiezan a valer en la medida en que la Constitución —que es una norma jurídica— los reconoce, al tiempo que establece un doble principio de jerarquía y especialidad para su realización efectiva»¹⁶⁵.

Tercera. La última de las críticas que nos interesaba destacar aquí, se la debemos al indiscutible ingenio de Rudolf Smend¹⁶⁶. Fue, en efecto, Smend quien puso de manifiesto la incongruencia que se deriva de la concepción positivista de la libertad civil y de su eficacia jurídica, con el propio contenido material del Derecho Constitucional. Incongruencia que, en definitiva, se concretaba en que los derechos fundamentales, que, como contenido esencial, central, basililar y medular del concepto mismo de Constitución, sólo pueden formar parte del Derecho Constitucional, quedaban, al depender su eficacia y existencia real de la voluntad del Legislador ordinario, configurados como materias del Derecho técnico ordinario, y de manera básica, del Derecho Administrativo y, sobre todo —y al igual que sucedía en el viejo Estado liberal, edificado sobre la falaz distinción fisiocrática entre el «Estado-aparato» y la «sociedad civil»—, del Derecho Civil¹⁶⁷.

B) EL POSITIVISMO JURÍDICO AL SERVICIO DECIDIDO DE LOS TOTALITARISMOS: LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA DICTADURA

No fue, sin embargo, esta utilización torticera y abusiva de las construcciones de los juristas formalistas, incluso de las de aquéllos que, como ciudadanos, se encontraban clara y expresamente comprometidos con la democracia, la única vía que encontraron los totalitarismos para beneficiarse de los esquemas del positivismo jurídico formalista. A su metodología acudieron, de forma directa, consciente y decidida, con la intención de poner en marcha una Teoría de la Constitución de la dictadura que, si bien partía de la absoluta y total negación de todos aquellos principios y valores que inspiran, legitiman,

164 P. DE VEGA, «Prólogo», cit., págs. XX-XXI.

165 P. DE VEGA, «En torno al concepto...», cit., pág. 717.

166 Cfr. R. SMEND, «Constitución...», cit., pág. 229.

167 Cfr., sobre este particular, y por todos, K. HESSE, *Derecho Constitucional...*, cit., págs. 37 y 38-39; P. DE VEGA, «Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 6, 1994, pág. 43.

vertebran y fundamentan el moderno Estado Constitucional, permitiera a los dictadores esconder sus vergüenzas frente a la comunidad internacional, y frente a su propia sociedad, al tratar de presentar, como muy acertadamente denunció ya Heller¹⁶⁸, la dictadura como la verdadera, perfecta y única realmente viable democracia. A tal fin, se dedicaron, en efecto, aunque no siempre desde el más absoluto de los positivismos jurídicos formalistas, los de Francisci, Chiarelli¹⁶⁹, Chimienti, Costamagna¹⁷⁰, Gentile, Panunzio¹⁷¹, Sinagra, Volpicelli, etc., en Italia; los Huber¹⁷², Köllreuter¹⁷³, Rosemberg, Vögelin, Walz, y, de manera fundamental, Reinanhard Höhn¹⁷⁴, —cuyo programa sobre la nueva *Staatslehre* y el nuevo *Staatsrecht* sería escandalosa y fielmente seguido por los Binder, Jerusalem¹⁷⁵, Krüger, Tatarin-Tamheyden¹⁷⁶, etc.—, en Alemania; los Pasakunis, Strogvic, Stucka y Vysinskij, en la Unión Soviética.

Ni que decir tiene que, porque se trata de trabajos realizados para servir a los intereses del dictador y, en todo caso, elaborados al margen, cuando no absolutamente en contra, de los presupuestos medulares del constitucionalismo moderno, no le falta razón al Profesor De Vega¹⁷⁷ cuando advierte que difícilmente cabe encuadrar estas obras en el marco de la Teoría de la Constitución, o, si se prefiere, considerarlas como investigaciones de un auténtico Derecho Constitucional, al que, en realidad, los juristas al servicio de los totalitarismos pretendían aniquilar definitivamente, o, como mínimo, silenciar. Es más, ocurre que, en nuestra opinión, nadie está en condiciones de discutir cabalmente su, tan acertada como contundente afirmación de que «Es verdad que hablar de una doctrina constitucional de los totalitarismos, tanto del totalitarismo marxista como del totalitarismo fascista, constituiría una aberración intelectual en la medida en que sus concepciones del mundo se basan precisamente en la negación del Estado Constitucional»¹⁷⁸. Se explica, de esta suerte, el porqué no sólo se puede, sino que se debe prescindir de toda la literatura jurídico-política de los totalitarismos, —singularmente de la comunista—, a la hora de llevar a cabo una historia de la Teoría Constitucional. Y ello es así, porque, como muy bien ha escrito el Maestro, todos aquellos juristas «no dudarían en colocar su ra-

168 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., pág. 41.

169 G. CHIARELLI, «Il concetto di «regime» nel Diritto Pubblico», *Archivio Giuridico*, fasc. II, (1932).

170 COSTAMAGNA, *Elementi di Diritto Pubblico Generale*, Turín, 1943.

171 S. PANUNZIO, *Teoria Generale dello Stato fascista*, Padua, 1939.

172 E.-R. HUBER, «Die deutsche Staatswissenschaft», *Zwitschrift für die gesamte*, bd. 95 (1935), págs. 1 y ss.; *Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches*, Hamburgo, 1939, 2.^a ed.; «Bundesexekution und Bundesintervention. Ein Beitrag zur Frage des Verfassungsschutzes in Deutschen Bund», *Archiv für öffentlichen Recht*, bd. 79 (1953-1954), págs. 1 y ss.

173 O. KÖLLREUTER, *Grundriss der Allgemeinen Staatslehre*, Tubinga, 1933; *Deutsches Verfassungsrecht*, Berlín, 1935.

174 R. HÖHN, *Rechtsgemeinschaft un Volksgemeinschaft*, Hamburgo, 1933.

175 F. W. JERUSALEM, *Der Staat*, Jena, 1935.

176 E. TATARIN-TAMHEYDEN, *Werdendes Staatsrecht*, Berlín, 1934.

177 Cfr. P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 77.

178 P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 76.

zonamiento al servicio de exigencias políticas que terminaron haciendo de la Constitución y del Estado realidades aberrantes ajenas y contradictorias con cualquier tipo de convivencia civilizada. Hacer la historia de esas doctrinas constitucionales equivaldría a hacer la historia de las negaciones más rotundas de los principios y valores que en definitiva inspiraron siempre y dieron sentido al Estado Constitucional¹⁷⁹.

De cualquier forma, nadie ignora, ni puede hacerlo, que fueron muy pocas las construcciones jurídico-políticas del totalitarismo que resistieron el paso del tiempo, y que, en todo caso, fueron capaces de sobrevivir a la caída de los dictadores para quienes se habían realizado. De hecho, en modo alguno resultaría exagerado afirmar que, de todos aquellos trabajos elaborados por y para los intereses de los Gobiernos totalitarios, únicamente los escritos de Carl Schmitt, —forjados no desde el positivismo jurídico formalista, sino, por el contrario, desde el positivismo sociológico voluntarista, y que, en tanto en cuanto no se ajustaban escrupulosamente al programa de Höhn, recibirían no pocas críticas por parte de otros juristas del nacional-socialismo¹⁸⁰—, son los que merece la pena recordar.

Ahora bien, debemos advertir, de manera inmediata, que si la obra schmittiana fue capaz de mantenerse más allá de la duración de la dictadura nacional-socialista, y si reúne méritos suficientes como para merecer ser recordada, ello no se debe, ni mucho menos, a lo que en ella hay de original como instrumento al servicio y justificador del nazismo. Aunque, en este sentido, no deja de ser remarcable el esfuerzo que Schmitt realizó para reelaborar y reformular conceptos, instituciones y procesos propios de la tradición democrática y liberal para, en definitiva, permitir su incorporación al régimen totalitario, lo que le llevó a protagonizar alguna de las más lúcidas, clarificadoras y fecundas polémicas sobre la problemática constitucional, como lo son, por ejemplo, las controversias que sostuvo con Hans Kelsen y Richard Thoma en torno al parlamentarismo¹⁸¹, —en la que, de una u otra forma, se involucraría también Heller¹⁸², quien afirmaría que la indiscutible crisis de funcionamiento de la institución parlamentaria, ingenuamente negada, sin embargo, por los segundos, bajo ningún concepto implicaba las consecuencias preconizadas por Schmitt, a saber: la crisis de la Democracia y, en consecuencia, su absoluta inviabili-

179 P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 68.

180 Sobre esto último, vid., por todos, C. RUIZ MIGUEL, «Estudio preliminar» a C. SCHMITT, *Carl Schmitt, Autoritarismo y forma política* (1923-1925), Madrid, 2000, págs. XXII-XXIII.

181 Cfr., a este respecto, C. SCHMITT, *Sobre el parlamentarismo* (1923/1926), Madrid, 1990. H. KELSEN, «Esencia y valor de la Democracia» en el vol. *Esencia y valor de la Democracia*, cit., págs. 48 y ss.; «La Democracia» (1926), e «El problema del parlamentarismo» (1925), ambos en el vol. *El primato del Parlamento*, Milán, 1982, págs. 3 y ss., y 173 y ss., respectivamente. R. THOMA, «Zur Ideologie des Parlamentarismus und Diktatur», *Archiv für Sozialwissenschaft*, bd. 53 (1925), págs. 212 y ss.

182 Cfr., p. ej., H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 24-25; «Estado de Derecho...», cit., págs. 292 y ss. en el mismo sentido que lo mantenido por Heller, cfr., también, P. DE VEGA, «Parlamento y opinión pública», en M. A. APARICIO (COORD.) y otros, *Parlamento y Sociedad Civil (Simposium)*, Barcelona, 1980, págs. 14-16..

dad—, o la, sin duda alguna mucho más conocida, más que sobresaliente y memorable polémica mantenida con Kelsen sobre los modos de defensa de la Constitución¹⁸³.

La importancia de la obra de Schmitt, y, en consecuencia, la causa de su pervivencia, se explica, por el contrario, —y como indica De Vega¹⁸⁴—, por cuanto que en ella, y con una indiscutible e incuestionable sagacidad intelectual, aquél realizó una de las más brillantes exposiciones de la Teoría Constitucional liberal. Exposición en la que Schmitt procedía a poner de manifiesto todos los fallos de funcionamiento y contradicciones en las que incurría el Estado burgués de Derecho. Se comprende, de esta suerte, el gran interés que el jurista alemán despertó en los hombres de nuestra Segunda República, y se entiende, también, la evidente paradoja de que sus principales estudios en materia constitucional fueran traducidos y difundidos en la España democrática de la República de 1931, mientras que durante el franquismo aquéllos fueron relegados al olvido. Y es que, como a nadie puede ocultársele, nada interesaba más a los demócratas republicanos que llegar a comprender el Estado Constitucional, conocer sus defectos y contradicciones para tratar de superarlos. Contrariamente, nada podía ser más molesto a la dictadura que el que sus súbditos pudieran realizar una lectura de la exposición schmittiana de la que, obviando su verdadera finalidad, pudieran extraer consecuencias democráticas¹⁸⁵, de modo y manera que, al conocer la posibilidad de un Estado organizado conforme a las ideas de «Democracia» y «Libertad», quisiesen gozar de él y, además, pretendieran actuar como ciudadanos libres.

Ocurre, no obstante, que aún desde la perspectiva anterior, la importancia de la obra de Schmitt tiene siempre un interés relativo y limitado. Y ello, por un doble orden de consideraciones. En primer lugar, porque los trabajos de Schmitt, como los del resto de los juristas partidarios del totalitarismo, no dejan de estar elaborados como instrumentos para la defensa y justificación de la dictadura. Lo que, a la postre, le lleva no sólo a poner de manifiesto los defectos y contradicciones del Estado Constitucional burgués, sino a exagerarlos y mag-

183 Además de las ya citadas «La giurisdizione...» y «La garanzia...», las tesis del jurista vienés en esta polémica se concretan, básicamente, en H. KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» (1928), en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín-Leipzig, 1929, y *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), Madrid, 1995. La postura del jurista y politólogo alemán se encuentra en C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución* (1931), Madrid, 1983, monografía ésta en la que, como reconoce el propio autor (p. 25), Schmitt procede a la integración, reelaboración y ampliación de sus trabajos «Der Hüter der Vefassung» [*Archiv des öffentlichen Rechts*, t. XVI (1929), págs. 161-237] y «Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung» [en *Die Reichsgerichtspraxis in deutschen Rechtsleben*, Berlín, 1929, t. II], así como las conferencias que sobre esta problemática pronunció en los años 1929 y 1930.

184 Cfr. P. DE VEGA, «Prólogo» a C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, cit., pág. 12; vid., también, pág. 11.

185 Sobre esta posibilidad, vid., por todos, C. RUIZ MIGUEL, «Estudio preliminar», cit., pág. XXVI.

nificarlos para llegar a la conclusión que interesaba al partido nacional-socialista: que, porque el Estado legatario tiene fallos, la democracia liberal resulta imposible e inviable, y que, en consecuencia, la dictadura se presenta como la única alternativa válida para la adecuada ordenación de la Comunidad Política. Su método, que se hace especialmente patente en su *«Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus»* —sin duda alguna, el trabajo más ideológico de Schmitt—, no podía ser más sencillo. En efecto, éste, como ha escrito Pedro De Vega, se concretaba en que «desde una de las más brillantes exposiciones que jamás se han realizado de un modelo ideal del Estado Constitucional y de Democracia Parlamentaria, enfrentará ese modelo ideal que nunca existió a las lacras y miserias de su funcionamiento empírico. De este modo, despreciado el Estado Constitucional y sus instituciones por las contradicciones alarmantes de su praxis política, abría, fácil y demagógicamente, el portillo para negar su sistema de principios y proclamar una nueva concepción del Estado, basada en el decisionismo y en las formas plebiscitarias legitimadoras del Estado Total del Führer».¹⁸⁶

En segundo término, nos encontramos con que la lectura de los escritos de Schmitt resulta siempre difícil y complicada, de ahí, justamente, que tenga ese interés relativo y limitado a que nos referimos, en tanto en cuanto aquél no se limita a realizar en ellos una mera crítica científica al funcionamiento práctico y real del Estado Constitucional liberal. Por el contrario, lo que, con gran habilidad y brillantez, y de forma más o menos explícita, Schmitt hace es proceder a discutir la propia legitimidad del sistema. Con lo que el propio Schmitt, de una u otra suerte, viene a invalidar sus investigaciones como auténticas Teorías de la Constitución. Una larga cita del Profesor De Vega, nos servirá para aclarar esta circunstancia. Escribe, a este respecto, mi dilecto Maestro que «Desde una lógica inmanente al propio proceso de conceptualización liberal la crítica schmittiana hubiera resultado perfectamente válida y convincente. [...]. Sin embargo, una cosa es denunciar la contraposición entre modelo teórico y realidad empírica (lo que entraría dentro de la crítica inmanente), intentando eliminar o, cuando menos, paliar las diferencias entre ambos, y otra muy distinta condenar el modelo y sus bases legitimadoras (lo que entra dentro de la crítica trascendente). [...] Pero proclamar un juicio sobre la legitimidad de un sistema equivale a pronunciar un juicio político y no científico. Por extrañas, confusas y precarias que fueran las condiciones en que se desarrollaba la República de Weimar, a lo que Schmitt no estaba autorizado científicamente era a enjuiciar la legitimidad del sistema. [...]. Y es aquí donde, al convertirse en trascendente la crítica de Schmitt al sistema liberal, aparecen en toda su plenitud sus lacras y limitaciones. Lo que desde el punto de vista inmanente hay de válido y atractivo en su planteamiento, resulta ahora inadmisibles desde el punto de vista trascendente. Los mismos argumentos que sirvieron a Schmitt para condenar los principios liberales como una simple ideología, y relegar el Derecho Constitucional liberal al mundo de la ficción, se pueden emplear contra él entendiendo su obra

186 P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., pág. 78.

científica como mera elaboración ideológica al servicio de los intereses del Estado Totalitario»¹⁸⁷.

Ahora bien, si, como decimos, de todas aquellas construcciones jurídico-políticas realizadas al servicio y en interés del totalitarismo, y con la única excepción de las debidas al ingenio de Carl Schmitt, perfectamente se puede, e incluso resulta conveniente y necesario, prescindir a la hora de trazar una historia de la Teoría Constitucional, no sucede lo mismo cuando, como aquí, lo que interesa es conocer las consecuencias que se derivan de la utilización de uno u otro método de estudio del Derecho Constitucional. Y, a este respecto, lo primero que hemos de hacer es indicar que los totalitarismos, y de manera singular, y en todo caso con un mayor interés científico, el fascista y el nacional-socialista, se sirvieron muy gustosamente del método y la actitud positivista en todos los ámbitos de las Ciencias Sociales.

Así, por ejemplo, lo hicieron respecto de la Sociología positivista, aprovechando la aparente neutralidad ideológica de los trabajos de Robert Michels — que acabaría, no obstante, actuando como asesor remunerado del *Duce*—, o Vilfredo Pareto —quien, al decir de Heller¹⁸⁸, puede muy bien ser considerado como el gran ideólogo, e, incluso, como el «padre» del fascismo—. Más sangrante fue, en este sentido, el supuesto de Gaetano Mosca. Piénsese que si, como ciudadano adscrito al Partido Liberal, Mosca sufría la represión del Gobierno de Mussolini, éste, empero, no dudaría en utilizar en su provecho tanto las críticas que, en nombre de la Libertad, aquél hacía al sistema democrático¹⁸⁹, como su pretendido científicismo, objetivismo e indiferentismo axiológico y neutralidad ideológica¹⁹⁰ que, en definitiva, convertían sus trabajos en unas construcciones totalmente ajenas a la realidad social que pretendía estudiar, y que para lo que en realidad servían era para justificar el *«fait accompli»*. Lo que, por lo demás, no hace más que dar la razón a Pedro De Vega cuando, refiriéndose en concreto al sociólogo italiano y a su responsabilidad política e intelectual, escribía que «Pero la ciencia, y particularmente el científico, no pueden eludir por mucho tiempo las cuestiones que la realidad y la historia les presentan, [...]. Tarde o temprano la coartada del neutralismo se rompe. Y a partir de ese momento la lucha por la democracia o la dictadura, por el socialismo o el capitalismo deja de ser un sin sentido para pasar a ocupar un papel primordial. Ciertamente, Mosca, no va a tomar la decisión política de hacer la apologética abierta ni de la dictadura ni del capitalismo. La ciencia no permite estas cosas. Sin embargo, lo que la ciencia sí permite son los ataques enconados a la democracia y al socialismo como ficciones y mixtificaciones de una realidad

187 P. DE VEGA, «Prólogo» a C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución...*, cit., págs. 13-14, en el original en cursivas.

188 Cfr. H. HELLER, «Osservazioni...», cit., págs. 375 y ss.; «Europa y el fascismo», cit., pp. 32 y ss., y 50 y ss.

189 Cfr., a este respecto, y por todos, P. DE VEGA, «La Democracia como proceso...», cit., pág. 485.

190 Cfr. P. DE VEGA, «Ciencia Política e ideología», cit., págs. 155 y 158-159.

cruel»¹⁹¹. Es, justamente, esta circunstancia la que acaba convirtiendo al Mosca intelectual antidemócrata en algo más que un colaborador involuntario del totalitarismo, en el sentido de que «la conexión entre Mosca —[...]— y el fascismo, no hay que buscarla tanto en la utilización que los teóricos mussolinianos hicieron de sus teorías, como en la preparación social, en la creación de un ambiente favorable con sus críticas a la democracia, para el desenvolvimiento posterior a la demagogia fascista»¹⁹².

Pues bien, lo que aquí interesa es poner de manifiesto que a los políticos fascistas y nacional-socialistas también les interesaba el método y la actitud positivista en mundo jurídico. De ahí que procedieran a la explotación máxima de todas las posibilidades que el enfoque de los juristas positivistas formalistas daban al estudio de la Política, el Estado y el Derecho, y que, en último extremo, les permitía obtener grandes beneficios en sus objetivos.

Ciertamente, la apelación de los totalitarismos de derechas al positivismo jurídico formalista, y la utilización práctica de su metodología por parte de los juristas que actuaban como ideólogos de aquéllos, puede parecer contradictoria y, en todo caso, paradójica. Sobre todo, si esta circunstancia se pone en relación con los presupuestos ideológicos que servían de fundamento a su actuación política.

Debemos, a este respecto, a la sagacidad de Heller¹⁹³ la acertada observación de que, en el proceso de conceptualización del pseudorrenacimiento político y de renovación de los conceptos políticos, fascistas y nacional-socialistas actuaron, como también había hecho de algún modo Lenin¹⁹⁴, bajo una más que notable influencia de los planteamientos de la filosofía irracionalista de los Schopenhauer, Nietzsche y Bergson, que habían sido trasladados al campo del Estado, el Derecho y la Política por el ultrarrevolucionario anarco-sindicalista Georges Sorel en sus *«Reflexions sur la violence»*, de 1908. La influencia del «trovador de la guerra social» y gran teórico del mito de la huelga general en el fascismo y el nazismo es, en efecto, indiscutible, y además, se verificó tanto de manera directa como indirecta¹⁹⁵: Fue inmediata en el caso de Mussolini, quien había conocido y había sido alumno de Sorel en Lausana, y que se había involucrado directamente en la traducción al italiano de la obra de aquél: la influencia de Sorel en Hitler sería, por el contrario, mediata, y se produciría, por una parte, a través de Mussolini, —auténtico y admirado modelo para Hitler hasta 1936¹⁹⁶—, y, por otra, gracias a la popularización en Alemania del pensamiento soreliano que, desde la filosofía de la decadencia,

191 P. DE VEGA, «Gaetano Mosca...», cit., pág. 98.

192 P. DE VEGA, «Gaetano Mosca...», cit., pág. 90.

193 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 38-42 y 51; «Ciudadano y burgués» (1932), en el vol. *Escritos políticos*, cit., págs. 254 y ss.; «La Ciencia Política», cit., págs. 119 y ss.

194 Cfr., en este sentido, H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., pág. 37.

195 Sobre esto, cfr., por todos, G. SABINE, *Historia de la Teoría Política*, México-Madrid-Buenos Aires, 1985, 14.ª ed., págs. 638-639.

196 Cfr., en este sentido, y por todos, P. DE VEGA, «Mussolini: una biografía del fascismo», en el vol. *Escritos político constitucionales*, cit., págs. 265-266.

había realizado Oswald Spangler, a quien, no por casualidad, había traducido al italiano el *Duce*¹⁹⁷.

Lógicamente, y como seguramente no podría ser de otro modo, lo anterior habría de generar ciertas consecuencias de las que, bajo ningún concepto, puede prescindirse. Piénsese, en este sentido, que fue el pensamiento soreliano, y su apelación a la violencia, el que, en el plano teórico, aunque dudosamente científico (Heller¹⁹⁸), se encuentra en la base de la concepción totalitaria de la política, la cual, con gran astucia, habilidad y de manera ciertamente brillante, Carl Schmitt¹⁹⁹ concretó en la confrontación «amigo-enemigo», y en la que, por lo demás inadmisibles desde una óptica democrática, idea de que el «enemigo político», al que no es menester odiar personalmente²⁰⁰, ha de ser atacado e, incluso, aniquilado o destruido para preservar las propias concepciones políticas²⁰¹.

En el ámbito de la política práctica, por su parte, la influencia de Sorel se hacía también harto patente. En efecto, la concepción del ultrarrevolucionario anarco-sindicalista se hacía notar en el hecho de que tanto el partido fascista como el nacional-socialista, así como todas aquellas organizaciones que las tomaban como modelo, entendieron la violencia como un medio adecuado, e idóneo, para llevar a cabo su acción política. Es más, aquélla, en realidad, —y como quedó fehacientemente demostrado en agosto de 1921, con las críticas que se hicieron a las veleidades parlamentarias de Mussolini²⁰²—, se admitía como la única alternativa válida y posible para alcanzar el poder y, de algún modo, para mantenerlo cuando lo hubiesen conquistado.

Como nadie ignora, no fue Georges Sorel el único, ni el primer teórico que había confiado en la violencia como instrumento de la política práctica. La Historia de la Teoría Política nos ofrece múltiples ejemplos de ello. A ella, en efecto, había apelado ya, en 1159, Juan de Salisbury en su *Policraticus*²⁰³, donde se establece que el Pueblo tiene siempre la posibilidad de defenderse del tirano (el mal gobernante) ya sea mediante la expulsión del gobernante injusto del Consejo, ya sea, y como hipótesis más radical, a través del tiranicidio. Idea ésta que, más de cuatro siglos después, sería desarrollada, y radicalizada, por los monarcómanos protestantes²⁰⁴ en su célebre «*Vindiciae contra tyrannos*». Su más conocida tesis es la de que el Pueblo tiene en todo momento un derecho de resistencia frente al tirano, que comienza a manifestarse en la afir-

197 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., pág. 51.

198 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., pág. 85.

199 Cfr. C. SCHMITT, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, Madrid, 1991, págs. 56 y ss.

200 Cfr. C. SCHMITT, *El concepto...*, cit., pág. 59.

201 Para esta interpretación, cfr., por todos, H. HELLER, «Democracia política y homogeneidad social» (1928), en el vol. *Escritos políticos*, cit., págs. 259-260.

202 Cfr., a este respecto, y por todos, P. DE VEGA, «Mussolini:...», cit., págs. 255-256.

203 Cfr. JUAN DE SALISBURY, *Policraticus*, cit., Libro I, cap. 9, y Libro VIII, cap. 16.

204 Sobre los monarcómanos, cfr., por todos, y con un carácter general, G. SABINE, *Historia...*, cit., págs. 280-286; J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1975, págs. 221-224; S. GINER, *Historia...*, cit., págs. 228-231.

mación de que los ciudadanos no están obligados y, en consecuencia, no han de obedecer las leyes injustas, y cuya expresión más extrema es la de que el Pueblo puede legítimamente dar muerte al gobernante injusto. Por no extendernos más, baste aquí con indicar que la utilización de la violencia había sido también justificada por Rousseau en su *«Du Contrat Social»*. No otra cosa significa, en verdad, su aserto de que «Si je ne considérais que la force, et l'effet qui en dérive, je dirais: Tant qu'un peuple est contraint d'obéir et qu'il obéit, il fait bien; sitôt qu'il peut secouer le joug et qu'il le secoue, il fait encore mieux; car, reconvrant sa liberté par le même droit que la lui ravie, ou il es fondé à la reprendre, ou l'on ne l'étais point à la lui ôter»²⁰⁵.

Existe, sin embargo, una gran diferencia en cuanto al sentido de unos y otros otorgan a la utilización de la violencia en la confrontación política. Divergencia que, porque resulta substancial y básica, no podemos dejar de consignar.

Importa, en este sentido, advertir que para Juan de Salisbury, los monarcómanos, —fundamentalmente en los trabajos de François Hotman y Stephanus Junius Brutus—, y Rousseau la utilización de medios violentos sólo se justifica, y, en consecuencia, únicamente puede entenderse como una hipótesis legítima, cuando la violencia se ejerce contra un gobernante tiránico que socava los derechos de los ciudadanos, y cuando su finalidad se concreta en la creación de un régimen de libertad, o, en su caso, en la recuperación de éste. Lo que, innecesario debiera ser indicarlo, confiere a la violencia revolucionaria un inequívoco, innegable e indiscutible carácter de creación política.

Todo lo contrario sucede en la formulación de Sorel y, desde luego, en su puesta en práctica por fascistas y nacional-socialistas. Ahora, la violencia no se propugna contra el gobernante que, con su acción, elimina la libertad de los ciudadanos, sino en el marco de la llamada democracia liberal. De esta suerte, su finalidad y sentido sólo puede ser el acabar con la vigencia de un régimen basado en las ideas de Libertad y Democracia, como es el constitucionalismo, para dar paso a la tiranía. Esto es, frente a la idea democrática de la revolución como instrumento de destrucción, conservación y creación, —que es la que subyace en los escritos de Juan de Salisbury, de los monarcómanos y Rousseau, y que, de cualquier modo, informará el pensamiento del democratismo radical y del socialismo democrático²⁰⁶—, Sorel, fascistas y nacional-socialistas operaran, —como queda, por lo demás, claramente demostrado con esa confusa ausencia de programa que caracterizó a Mussolini²⁰⁷—, tan sólo con la concepción destructora de la acción violenta. De lo que, en definitiva, se trataba era de generar el caos o, cuando menos, y como ocurrió en España en 1936, hacer crecer la ficción de que se vivía una situación caótica que, a la postre, justificase la ne-

205 J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou principes de Droit Politique* (1762), París, 1966, Libro I, cap. I, pág. 41.

206 Para la comprensión de esta idea, resulta imprescindible la lectura de H. HELLER, «Estado, Nación y Socialdemocracia», cit., *passim*, pero especialmente págs. 231 y ss.

207 Cfr., a este respecto, y por todos, H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 50-51.

cesidad de la entrada en escena de un salvador, de ese «cirujano de hierro» teorizado por el prefestista Joaquín Costa²⁰⁸ al que, en primer lugar y en lo que hace a España, había apelado Primo de Rivera para explicar el golpe de septiembre de 1923 y que, para asombro y desilusión de un Manuel Azaña²⁰⁹, le había servido para obtener una inicial adhesión de no pocos intelectuales a la dictadura, entre ellos, y por poner tan sólo un ejemplo, Ortega y Gasset²¹⁰, quien, por lo demás, había mostrado siempre una gran estima por el regeneracionista aragonés²¹¹, y al que posteriormente se acudiría también para construir el andamiaje teórico tanto del golpe de 18 de julio de 1936, como de la dictadura franquista. Tan pronto como el «salvador» se hiciera, por vía que fuese, con el poder, éste no debía limitarse a ejercer lo que Schmitt había denominado «dictadura comisoria»²¹², que, heredera de la figura del dictador romano, se definía por su carácter limitado, es decir, se trataba del ejercicio absoluto del poder político durante un tiempo limitado y previamente pretendeterminado, que podía, empero, acortarse si, antes de ese plazo, se restablecía la normalidad política, y que, de una u otra forma, se emparenta con el instituto de la suspensión constitucional²¹³ y con el llamado «derecho de excepción». El «cirujano de hierro», elevado, de una u otra suerte, a la condición del schmittiano «Der Hütter der Verfassung»²¹⁴, ha de actuar, por el contrario, una «dictadura soberana». Lo que, traducido en otros términos, y en lo que al Derecho Constitucional se re-

208 Para la inclusión de COSTA, al igual que los, entre otros, LUCAS MALLADA, RICARDO MACÍAS PICAVERA y, aunque pueda sorprender a algunos y, desde luego, pueda resultar «políticamente incorrecto» en la actualidad, VALENTÍN ALMIRALL (cfr., en concreto sobre este particular, págs. 429-436), en la categoría de «prefascista», es decir, como aquel pensador que no siendo, en rigor, fascista, favorece, sin embargo, la creación de un ambiente intelectual propicio para que puedan germinar los totalitarismos de este tipo, así como para comprender la influencia del aragonés tanto en la dictadura de Primo de Rivera como en la franquista, resulta imprescindible E. TIERNO GALVÁN, «Costa y el regeneracionismo», en el vol. *Escritos (1950-1960)*, Madrid, 1971, págs. 369-539.

209 Cfr., p. ej., M. AZAÑA, «Anotación de 2 de mayo de 1927», en M. Azaña, *Diarios completos. Monarquía, República, Guerra Civil*, Barcelona, 2000, pág. 124. Sobre esta circunstancia, cfr., por todos, S. JULIÁ, *Historias...*, cit., págs. 200 y ss., en particular para el distanciamiento y decepción de Azaña con Ortega págs. 206 y ss.; «Manuel Azaña. El desengaño de un reformista», en J. MORENO LUZÓN (ed.) y otros, *Progresistas. Biografías de reformistas españoles (1808-1939)*, Madrid, 2006, págs. 296 y ss., en especial págs. 300-303.

210 Cfr. S. JULIÁ, *Historias...*, cit., págs. 176 y ss.

211 Cfr., en este sentido y por todos, E. TIERNO GALVÁN, «Costa y el regeneracionismo», cit., págs. 509 y ss.

212 Cfr. C. SCHMITT, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (1921), Madrid, 1985, especialmente págs. 33-34, 37, 40 y 59.

213 Sobre la suspensión constitucional, me remito, por comodidad, a J. RUIPÉREZ, «Estática y dinámica en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales», en S. ROURA Y J. TAJADURA (dirs.) y otros, *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Madrid, 2005, págs. 182-185, y bibliografía allí citada.

214 Sobre la relación entre el «cirujano de hierro» costista y el «defensor de la Constitución» teorizado por Carl Schmitt, cfr., por todos, E. TIERNO GALVÁN, «Costa y el regeneracionismo», cit., pág. 521.

fiere, significa que el acceso al poder del dictador implica no una mera suspensión o pérdida provisional de vigencia de algunas prescripciones legal-constitucionales, que recuperaran su plena eficacia jurídica tan pronto como cese la situación excepcional, sino, por el contrario, la derogación definitiva del orden constitucional vigente en el terreno de los hechos.

Es en este contexto, en el que la política adquiere ese carácter destructivo, donde se plantea la cuestión de las relaciones entre método jurídico de estudio del Estado y de la Constitución y acción política. Y es también, y como es obvio, en este contexto donde la opción de los totalitarismos por el positivismo jurídico formalista puede, como decimos, causar alguna extrañeza. Me explico.

Es menester comenzar advirtiendo que, en realidad, nada de extraño tiene que, con independencia del posicionamiento ideológico que, como ciudadanos tuviese cada uno, los autores del positivismo jurídico formalista se encontrasen cómodos colaborando con un régimen que, como, con absoluto acierto y total contundencia, había denunciado Heller²¹⁵, había convertido la libertad de expresión, —que, como muy bien había comprendido Fichte²¹⁶, no es más que el vehículo a través del cual se materializa el derecho inalienable de la libertad de pensamiento, por la cual el hombre se distingue del animal—, la libertad de prensa y libertad de cátedra en meras ilusiones formales, sin una existencia práctica real. Recuértese, en este sentido, que fue ya Triepel quien, en su discurso de toma de posesión como Rector de la Universidad Federico Guillermo de Berlín, puso de manifiesto que si hubo realmente algo que caracterizó la actitud de las escuelas positivistas, esto fue el que, apelando siempre a ese pretendido carácter objetivo, científico y políticamente neutro de sus construcciones, aquéllas trataron de atribuirse el monopolio en el estudio del Estado, la Política y el Derecho, en el sentido de que la «Escuela otorga el título de honor «estrictamente jurídico» solamente a aquellas monografías jurídico-públicas que evitan escrupulosamente todo contacto con lo político. El que no se doblega ante esta tiranía —a veces casi inquisitorial— se le ignora en el mejor de los casos»²¹⁷.

No hace falta ser demasiado sagaz para comprender que, en el fondo, lo anterior es, pura y simplemente, la aplicación de la dialéctica «amigo-enemigo» al ámbito científico y académico. En efecto, lo que los juristas del positivismo formalista, —como harán posteriormente los del positivismo jurisprudencial—, hacen no es más que poner en práctica aquella táctica autoritaria, que había sido iniciada en la política práctica por Napoleón, y que, como señala Karl Mannheim²¹⁸, se concreta en el intento de desprestigiar y descalificar los argumentos del contrario, acusándole de actuar no de modo objetivo y científico, sino, por el contrario, condicionado por criterios políticos e ideológicos.

215 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 92-93 y 94.

216 Cfr. J. G. FICHTE, «Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron» (1793), en el vol. *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, Madrid, 1986, *passim*, en particular págs. 16-19.

217 H. TRIEPEL, *Derecho Público y Política...*, cit., pág. 39.

218 Cfr. K. MANNHEIM, *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, México, 1993, págs. 63 y ss.

A este espíritu no fue capaz de sustraerse ninguno de los autores del positivismo jurídico formalista. Hans Kelsen, cuyas convicciones democráticas están fuera de toda duda, —y que, desde luego, no seré yo el que venga a cuestionarlas—, nos ofrece algunos espléndidos ejemplos en este sentido. Recuérdese, a este respecto, la polémica que el insigne jurista vienés desarrolló con Schmitt sobre la manera más adecuada de llevar a cabo la defensa de la Constitución, así como la menos conocida, aunque no por ello menos rica y fecunda, controversia sostenida con Smend en torno al método de estudio del Derecho Constitucional. En esta última, contestando a las críticas que le dirigía Smend (*v. gr.*, «Una teoría del Estado, como la de la Escuela de Viena, que tiene como meta el diluir toda la realidad espiritual en una ilusión ficticia, en un falseamiento de la realidad, siguiendo así tardíamente las doctrinas racionalistas...»²¹⁹), Kelsen²²⁰ se empleará con una especial y radical virulencia. En su respuesta, el jurista austríaco procede a una descalificación global de las investigaciones smendianas en tanto en cuanto el alemán se empeñaba en forjar una Teoría del Estado y de la Constitución que, lejos de reducir todo el Derecho Constitucional a una construcción lógico-matemática y geométrica, partía de la idea de que «En cuanto que Derecho positivo, la Constitución es norma, pero también realidad»²²¹ política.

En la primera de las polémicas aludidas, el gran Maestro vienés criticará las tesis que, en relación al «*Der Hüter der Verfassung*», mantenía Carl Schmitt tanto por su método de estudio del Derecho Constitucional: el positivismo sociológico voluntarista o decisionista, como por criterios ideológicos. En este último sentido, Kelsen tratará de desprestigiar, descalificar, anular y, en definitiva, destruir la formulación del jurista y politólogo alemán argumentando que lo que Schmitt, con su apelación a la doctrina del poder neutro, intermediario y regulado que había elaborado Constant²²², en virtud del cual, —y como había sentenciado Otto Mayer²²³—, el doctrinarismo liberal había erigido al monarca en el protector supremo de la Constitución, hace es afirmar que «categorías de la teoría de la Constitución del constitucionalismo (liberal) no son aplicables a la Constitución de democracia parlamentario-plebiscitaria, como la de la Alemania actual»²²⁴. Convicción ésta a la que, siempre en opinión del jurista vienés, Schmitt llega tras proceder a la exhumación «del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el jefe del Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución, con el fin de poner nuevamente en uso para la República democrática [...], este requisito verdaderamente cubierto de polvo»²²⁵.

219 R. SMEND, «Constitución...», cit., pág. 152.

220 Cfr. H. KELSEN, *El Estado como integración. Una controversia de principio* (1930), Madrid, 1997, *passim*.

221 R. SMEND, «Constitución...», cit., págs. 135-136.

222 Cfr. B. CONSTANT, «Principios de política» (1815), en el vol. *Escritos políticos*, Madrid, 1989, págs. 191-379.

223 Cfr. O. MAYER, *Das Staatsrecht des Königreichs*, Tubinga, 1909, pág. 214.

224 H. KELSEN, *¿Quién debe ser...?*, cit., pág. 10.

225 H. KELSEN, *¿Quién debe ser...?*, cit., pág. 9.

Lo que, dirá Kelsen, «se trataba —[...]— sólo de una ideología demasiado evidente, una de tantas ideologías, cuyo sistema configuró la así llamada doctrina constitucional, mediante la cual esta interpretación de la Constitución buscaba ocultar su intención fundamental: compensar la pérdida de poder que el jefe del Estado había experimentado en el tránsito de la monarquía constitucional»²²⁶, y que Schmitt, con innegable astucia, y con apoyo en su tesis del «Estado total», utiliza con la finalidad última de erigir al dictador en el único depositario legítimo de la soberanía.

La crítica kelseniana es, como nadie ignora, indiscutiblemente correcta. Ahora bien, ocurre que el hecho de que Schmitt actuase desde el punto de vista ideológico, no debe hacernos olvidar que las construcciones del jurista vienés tampoco escapaban a esta deriva. Con toda razón ha observado, a este respecto, Pedro De Vega que la «denuncia ideológica operada por Kelsen a las tesis contrarias se vuelve también [...] sobre su propia concepción. Lo que significa que si la argumentación jurídica de Schmitt sobre el guardián de la Constitución, adquiere la plenitud de su sentido a la luz de principio monárquico, que como presupuesto político le sirve de fundamento, el razonamiento de Kelsen sólo se explica y justifica desde la cimentación histórica y social del principio democrático»²²⁷.

De cualquier forma, lo que nos interesa es destacar que ese ánimo monopolístico y, por utilizar las expresiones de Triepel, tiránico e inquisitorial del positivismo jurídico encontraba no pocas dificultades para su puesta en marcha de manera plena en el marco del régimen democrático. La razón es fácilmente comprensible. Definida, como, por ejemplo, hace Friedrich²²⁸, como un sistema de «*disagreement on fundamentals*» y que hace existir, una junto a otra, opiniones distintas, y, en todo caso, tratando de hacer creíble la ficción de que el jurista es el primer servidor de aquélla, el positivismo jurídico, formalista y jurisprudencial, se ve obligado en Democracia a tolerar la presencia de sus adversarios académicos. Lo que se hace bien a través de su participación conjunta en encuentros científicos los que, por ejemplo, se realizan en el tiempo de Weimar con el nombre de «*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*», bien con la creación de foros específicos en los que, para dar sensación de pluralismo, aunque sin olvidar su intención de relegar al olvido al discrepante político o académico, se invita tanto a los juristas no positivistas, como a los que siendo de la misma Escuela mantienen, sin embargo, posiciones políticas distintas.

Todo lo contrario sucede, lógicamente, cuando el positivismo jurídico se convierte en la escuela oficial de un régimen totalitario. Lo que, creemos, no ha de ser muy difícil de comprender.

Debemos, en este sentido, a Pedro De Vega²²⁹ la observación de que los totalitarismos, —tanto más cuando, como sucedía con el fascismo italiano, el na-

226 H. KELSEN, *¿Quién debe ser...*, cit., págs. 5-6.

227 P. DE VEGA, «Supuestos políticos...», cit., págs. 395-396.

228 Cfr. C. J. FRIEDRIH, *La Democracia...*, cit., págs. 99-100.

229 Cfr. P. DE VEGA, «Para una teoría política de la oposición» (1970), en el vol. *Estudios político constitucionales*, cit., pp. 20 y 21-23.

cional-socialismo alemán y el nacional-catolicismo en la España franquista²³⁰, éstos se apoyaban en la más radical y extrema construcción romántica e irracionalista ideología de la Nación²³¹ que, renunciando a sus primigenias vinculaciones con el pensamiento político democrático y liberal²³², llevaba a sus últimas consecuencias los presupuestos de un nacionalismo que, como advirtió Tierno²³³, se mostraba incapaz de admitir la coexistencia de diversas totalidades políticas, sociales y culturales, y, además, tendía a la identificación del Estado con el gobernante—, se esforzaron por montar una construcción ideológica en la que, de modo arbitrario, se establece una visión unitaria y exclusivista del mundo desde la que las categorías de división y fraccionamiento no se comprenden, y en la que, en todo caso, y como lógico correlato de su esencia de ideología de la ocultación, no hay lugar al conflicto. Lo anterior, innecesario debiera ser advertirlo, se traducía en el establecimiento de un régimen de partido único, —con el que, como acertadamente denunció Heller²³⁴, se hacían inviables los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, y de modo singular el de la división de poderes—, la negación absoluta y definitiva de la legitimidad de la oposición política, y la brutal represión de todos aquéllos que, desde cualquiera de los ámbitos del Estado, realizasen una crítica, pública o privada —Guglielmo Ferrero²³⁵ da, en este sentido, buena cuenta de ello cuando relata las consecuencias que tuvieron ciertas críticas que, confiado en la vigencia formal de la inviolabilidad de las comunicaciones, había realizado en una carta particular—, que, a la postre, pusieran de relieve la existencia del conflicto.

Se establecía, de esta suerte, el escenario perfecto para que el positivismo jurídico, como escuela oficial del régimen, pudiera desarrollar plenamente sus tendencias exclusivistas, tiránicas e inquisitoriales. Tanto, que ahora ya no se contentarían, como había tenido que hacer la vieja Escuela de Derecho Público en el marco del Imperio guillermino, con condenar al olvido a los adversarios académicos. Para lo que, de cualquier modo, no encontraban grandes dificultades. En efecto, al lograr, con indudable e innegable astucia, presentar ante el dictador al discrepante académico como discrepante político, y convertidos ambos en «enemigos políticos» en la más pura significación schmittiana del término, fácil le resultaba a la escuela positivista lograr que el gobernante totalitario reaccionara contra el discrepante académico ya sea con la mera interposición de vetos académicos y palaciegos, ya sea, —y como, por ejemplo, se dijo en Es-

230 Sobre esto último, cfr. P. DE VEGA, «Fuerzas políticas y tendencias ideológicas en los últimos años del franquismo» (1974), en el vol. *Estudios político constitucionales*, cit., págs. 226-227.

231 En relación con la vinculación de los totalitarismos de derechas y el nacionalismo, cfr., por todos, H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 41 y 53 y ss.; P. DE VEGA, «El carácter burgués...», cit., págs. 113 y ss.

232 Sobre este particular, cfr. H. Heller, *Las ideas...*, cit., págs. 91-95, p. ej.

233 Cfr. E. TIerno GALVÁN, *Tradición y modernismo*, cit., págs. 18-19.

234 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 72 y ss. En el mismo sentido, cfr., también, P. DE VEGA, «Jurisdicción constitucional...», cit., pág. 106. La relación entre pluralismo partidista y régimen democrático, fue también puesta de manifiesto por H. Kelsen, «Esencia...», cit., pág. 37.

235 Cfr. G. FERRERO, *El Poder. Los Genios invisibles de la Ciudad*, Madrid, 1991, págs. 12-13.

paña en 1965 en el caso de Tierno Galván, López Aranguren y García Calvo—, con su «expulsión a perpetuidad» de la Universidad, ya forzando su exilio (Heller, Kelsen, etc.).

Ahora bien, si, como vemos, resulta fácil de entender el que el positivismo jurídico formalista pudo encontrarse cómodo con los totalitarismos, e, incluso, y en cuanto les facilitaba la puesta en marcha de sus más oscuras y espúreas finalidades como escuela, el que pudiera estar interesado en ponerse a su servicio, no sucede, en cambio, lo mismo con el interés que los totalitarismos tenían en el método del positivismo jurídico formalista. Y es, como a nadie puede ocultársele, se compadece mal el que una fuerza política que hace de la violencia y la destrucción su único medio de acción política y, por lo demás, exclusivo soporte ideológico, apele, no obstante, al positivismo jurídico, empeñado en someter al Derecho toda la vida del Estado como mecanismo para evitar la arbitrariedad, como método para organizar la Comunidad tan pronto como se hace con el poder.

Existe, empero, una explicación para esta querencia de los totalitarismos por el positivismo jurídico formalista. Y ha sido el Profesor De Vega, el más inteligente y lúcido de todos los constitucionalistas españoles, el que, con la brillantez, rigor y contundencia que le son característicos, se ha encargado de ponerla de manifiesto. Escribe, a este respecto, el Maestro que el «hecho de la pervivencia de esa dogmática empieza, [...], a entenderse cuando no se olvidan las premisas naturalistas y pretendidamente ahistóricas en las que el positivismo aspiró establecer toda su fundamentación. De una forma u otra a esas premisas se ha seguido acogiendo la Teoría del Derecho Constitucional posterior haciendo de sus dogmas, principios y valores, categorías atemporales que evadidas del mundo y de la vida pierden toda consistencia real. [...] Por otra parte, cuando la Teoría del Derecho Constitucional, abierta y decididamente se convirtió en una doctrina que asumió los grandes compromisos sociales, históricos y políticos que la realidad le presentaba, las experiencias y efectos obtenidos no pudieron resultar más frustrantes y lamentables. «A nueva realidad política —dijo P. De Francesci ([...])— nueva dogmática», y siguiendo su consejo los juristas del totalitarismo fascista ([...]), y los juristas del totalitarismo comunista ([...]) no dudarían en colocar su razonamiento al servicio de exigencias políticas que terminaron haciendo de la Constitución y del Estado realidades aberrantes ajenas y contradictorias con cualquier tipo de convivencia civilizada»²³⁶.

De cualquier modo, lo que nos interesa es destacar que, en su proceso de conceptualización de los pseudorrenacimientos políticos y de la pseudorrenovación de los contenidos políticos y jurídicos, los totalitarismos, de manera singular los que se englobaban con el término de «fascismo», mostraron un particular interés en las formulaciones y construcciones del primer positivismo jurídico formalista, en cuya puesta en marcha tenían una intencionalidad política muy similar a la que había tenido la vieja Escuela Alemana de Derecho Público bajo la vigencia de la Constitución guillermina de 1871. De todas ellas, y

236 P. DE VEGA, «El tránsito...», cit., págs. 67-68.

para no alargar en exceso nuestro discurso, vamos a destacar tan sólo las dos en donde la conexión entre la dogmática positivista alemana de la Teoría del Estado y del Derecho Constitucional y la fantasmal y esperpéntica Teoría Constitucional de la dictadura, resulta especialmente meridiana. Y estas, siguiendo la brillante exposición de Heller en su «Europa y el fascismo», se concretan en la doctrina de la soberanía del Estado, por un lado, y en la comprensión de la mutación constitucional y la relevancia del *«fait accompli»* comprendido, con Jellinek, como un «fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, [...], impotente»²³⁷, por otro.

Por lo que se refiere a la primera de estas problemáticas, pocas dificultades han de existir para comprender el interés que fascistas y nacional-socialistas tenían en la concepción que había puesto en marcha la vieja Escuela Alemana de Derecho Público, así como el que los juristas positivistas al servicio de los totalitarismos, dispuestos a afirmar que la dictadura a la que servían era un auténtico Estado de Derecho, se encontrasen cómodos empleando los conceptos y esquemas que se derivan de la teoría de la soberanía del Estado. Ya hemos visto que esta tesis, aunque inicialmente elaborada por Hegel con la intención de conciliar y conjugar el dogma de la soberanía popular y el principio de la soberanía del monarca, fue utilizada por el primer positivismo jurídico formalista alemán para negar, de manera absoluta, total y definitiva, la posibilidad de que los ciudadanos, en su manifestación de ente político único o, si se prefiere, de «Pueblo como unidad» (Heller), pudieran ser entendidos como únicos titulares posibles de la soberanía en la Comunidad Política, y como instrumento fundamental para, con su transformación tácita en una doctrina de la soberanía del príncipe (P. De Vega), proceder, ya de forma directa —*v. gr.*, von Gerber, Laband—, ya indirectamente —caso de Jellinek—, a la elevación del Jefe del Estado a la condición de único depositario legítimo de la soberanía. La más que sobresaliente utilidad que una tal concepción reportaba a los totalitarismos de derechas, resulta, en nuestra opinión, evidente.

Ha sido Heller quien, con su incuestionable lucidez, brillantez y sagacidad, se ha encargado de poner de manifiesto esta circunstancia. Así, el joven constitucionalista alemán denunciaría que la «concepción fascista tiene que rechazar con especial interés la teoría de la soberanía del pueblo. Trata de sustituirla por la teoría de la soberanía del Estado. [...]. Lo mismo que aquella [la Escuela Alemana de Derecho Público] trataba de ocultar la contradicción entre la forma democratizada de su pensamiento y el absolutismo de la monarquía pruso-alemana, así también esa doctrina sirve ahora a los italianos para velar su dictadura. [...]. En realidad no es soberano en la Italia actual el Estado, o sea el pueblo como unidad política. Soberano lo sería el dictador si se pudiera por un momento olvidar que Italia sigue siendo una monarquía. Ciertamente el poder de decisión sobre todo el territorio reside hoy de hecho en manos del dictador»²³⁸.

237 G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 29.

238 H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 56-57.

Aunque, por la única razón del momento en que fueron escritas:1929, las palabras de Heller se refieren tan sólo al supuesto de la Italia de Mussolini, su contenido resulta plenamente aplicable a todos los totalitarismos fascistas. Lo es, en efecto, respecto del régimen hitleriano. Ciertamente es que durante los años de vigencia real y efectiva de la Constitución de 1919, la problemática de la soberanía había conocido en Alemania una solución muy distinta a la que le había dado la vieja Escuela de Derecho Público. Esto es, y como escribió Heller, «en la República de Weimar, la fórmula de Carlos Schmitt: «Soberano es aquél que decide definitivamente si rige el estado de normalidad», deba aplicarse no al presidente del Reich, sino al pueblo»²³⁹. Ahora bien, ocurre que tan pronto como el partido nacional-socialista se hizo con el poder, la anterior interpretación daría paso a una nueva manifestación de la teoría de la soberanía del Estado. Nueva manifestación, gracias a la cual, y con el inestimable apoyo que les brindaba el artículo 48 del Texto weimariano, los juristas podían presentar a Hitler como el verdadero soberano. Y no sólo *de facto*, como le ocurría a Mussolini en el Reino italiano, sino también *de iure*, en tanto en cuanto aquél era, como Presidente del *Reich*, el Jefe del Estado.

Importa advertir, siquiera sea brevemente, que tampoco se encontraría el franquismo con las dificultades con las que hubo de pugnar el fascismo italiano, y que se derivaban de la forma de Gobierno. Es verdad que, como la Italia fascista, el Estado español surgido tras la guerra civil se definía, en el más alto nivel normativo de la época, como una monarquía. Ahora bien, mientras que Mussolini, —al menos hasta 1943, cuando, como consecuencia de la falta de apoyo por parte del capitalismo que determinaba el inicio de la crisis del fascismo y, finalmente, la descomposición del régimen dictatorial, creó la República Social de Saló²⁴⁰—, no era más que el Jefe de Gobierno que coexistía con un monarca como auténtico Jefe del Estado, esto no le sucedía al dictador español. En efecto, Franco, mucho más hábil y astuto que el *Duce* a este respecto, mantuvo al rey en el exilio. De esta suerte, el general/dictador podía perfectamente, —del mismo modo que los juristas y politólogos a su servicio no hallaban ninguna dificultad para explicarlo y justificarlo en términos jurídico-formales—, atribuirse la titularidad y ejercicio de la soberanía del Estado. Y ello, por la sencillísima razón de que, en el mismo marco de aquellas Leyes Fundamentales que declaraban a España constituida en reino, el dictador español se había autoproclamado Jefe del Estado en calidad de regente.

Nos indica, por otra parte, Heller²⁴¹ que los totalitarismos fascistas mostraron también un vivo interés, —el mismo, por cierto, que tuvieron, y siguen manteniendo en la actualidad²⁴², todos los antidemócratas, sean o no partidarios

239 H. HELLER, *La soberanía...*, cit., pág. 207.

240 Cfr., a este respecto, y por todos, P. DE VEGA, «Mussolini:...», cit., págs. 269-274.

241 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 69-70.

242 En relación con esto, y en lo que hace a la actual dinámica política española, es menester recordar los esfuerzos que realiza el nacionalismo conservador vasco, —que si bien hoy no es susceptible de ser definido, como había hecho el Presidente Azaña respecto del P.N.V. de los años de la República y de la guerra civil, en el sentido de que «sin excepción apreciable, forma un partido de

del totalitarismo—, por la concepción, puramente descriptiva y externa²⁴³, que Laband y Jellinek tenían sobre ese fenómeno al que denominaron «*Wandlung*» o «*Verfassungswandlung*», que ha sido traducido al castellano como «mutación constitucional». Interés que, de todos modos, resulta fácilmente comprensible.

De todos es, sin duda, bien conocido que partió, por ejemplo, Georg Jellinek de la idea de que, incluso durante el curso de la vida normal de la Comu-

extrema derecha, de confesión católica [...que] ha asumido en el País Vasco la posición antiliberal más fuerte» [M. AZAÑA, «La insurrección libertaria y el «eje» Barcelona-Bilbao» (1939), en el vol. *Causas de la guerra de España*, Barcelona, 2004, 2.ª ed., págs. 130-131], es lo cierto, sin embargo, que situado en los esquemas desde los que actuaba Benjamín Constant [cfr. «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos» (1819), en el vol. *Del espíritu de conquista. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Madrid, 1988, págs. 63-93], que resulta sólo aceptable en el marco de la confrontación política partidista (cfr., en este sentido, y por todos, H. HELLER, *Las ideas...*, cit., págs. 14 y 71), su ideología y su actuación se adscriben inequívocamente al pensamiento antidemocrático-, para, manteniendo formalmente la vigencia de la Constitución de 1978, tratar de presentar el *ius secessionis* como un derecho vigente y plenamente ejercitable en el actual Estado español, aun y cuando el Poder Constituyente originario, de manera totalmente consciente, optó por no incluirlo en el Texto Constitucional. En este empeño, el nacionalismo conservador vasco cuenta con el inestimable apoyo de una fundamentación teórica y pseudo-científica que, atendiendo a la tradición nacional mágico-mítica puesta en marcha por Sabino Arana a finales del s. XIX y principios del XX, les ha elaborado al efecto quien, además de mostrarse orgulloso de haber colaborado con la dictadura franquista que entendía como un auténtico Estado de Derecho (vid., *supra*, nota 117), se presenta como el más conspicuo defensor de las ideas y del principio monárquico —que, como muy bien precisó H. HELLER (*Las ideas...*, cit., pág. 45), son siempre la antítesis radical y frontal de las ideas y del principio democrático, en los que descansa el moderno edificio constitucional— en la España actual. De cualquier forma, lo que interesa señalar es que los esfuerzos del nacionalismo conservador vasco, aunque diferentes en sus formas, tienen todos ellos en común el que parten de la más absoluta y definitiva negación del dogma político de la soberanía del Pueblo. De esta suerte, porque se niega la existencia del Poder Constituyente del Pueblo español que, por ser el soberano que decide según el principio mayoritario, impone su voluntad a todos, incluso a los que no están de acuerdo con sus decisiones, no encuentra el nacionalismo conservador vasco, y, por extensión, el resto de los partidos nacionalistas de ámbito regional, inconveniente alguno para poder afirmar que no hay, ni puede haber, límites materiales absolutos para el cambio, formal (reforma) o no formal (mutación), de la Constitución de 1978, y que, en consecuencia, resulta posible y viable el reconocimiento constitucional del derecho de secesión para Cataluña, Galicia y País Vasco, o la transformación del actual «Estado de las Autonomías», que no es más que una de las muchas manifestaciones estructurales posibles de esa realidad única que podemos llamar «Estado Federal» o «Estado políticamente descentralizado», en una nueva variante de la forma política Confederación de Estados. Sobre esta problemática, me remito a J. RUIPÉREZ, *Constitución y autodeterminación*, Madrid, 1995; vol. *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Madrid, 2003, en especial págs. 215-238 («Una cuestión actual en la discusión política española: la Constitución española y las propuestas nacionalistas, o de los límites de la mutación y la reforma constitucional como instrumentos para el cambio político»), págs. 239-294 («El *ius secessionis* en la confrontación derechos humanos-derechos fundamentales. Algunas reflexiones sobre las últimas propuestas de los partidos nacionalistas en España») y 295-398 («Sobre el derecho de autodeterminación»); «La problemática del derecho de autodeterminación en el contexto de la realidad política y constitucional española», *Civitas Europa. Revista jurídica sobre la evolución de la Nación y del Estado en Europa*, n.º 12 (2004), págs. 168-183; «Estática y dinámica...», cit., págs. 90-152.

²⁴³ Cfr., en este sentido, y por todos, P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*. IV. *Constitución de 1978 y transformación político social española*, Madrid, 1984, págs. 166-168.

nidad Política, «Todos los acontecimientos históricos que conmueven fuera del Derecho, los fundamentos del Estado, suscitan tal *necessitas*. Las usurpaciones y las revoluciones provocan en todas partes situaciones en las que el Derecho y el hecho, aunque tienen que distinguirse estrictamente, se transforman el uno en el otro. El *fait accompli* —el hecho consumado— es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente»²⁴⁴. Lo anterior, condujo a Jellinek²⁴⁵ a la consideración de que «fuerza normativa de los hechos» acaba generando unas situaciones de clara y patente incongruencia, o discordancia, entre la realidad normativa, el texto formal de la Ley Constitucional, y la realidad político-social. Incongruencias éstas que, en tanto en cuanto obligan a que las normas constitucionales tengan que regular circunstancias distintas a las que originariamente habían sido imaginadas (H. Dau Lin²⁴⁶), de suerte tal que «de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, [...], conservando el mismo texto, recibe una significación diferente» (Hesse²⁴⁷), terminan por generar un cambio en el ordenamiento constitucional. Siendo así, nos encontramos con que, como con total acierto y precisión ha hecho notar Pedro De Vega²⁴⁸, ya desde la construcción de Jellinek, la *Verfassungswandlung* se ha configurado como un fundamental instrumento jurídico y político, con el cual puede satisfacerse la obligada dinamicidad que al Derecho Constitucional positivo le impone la propia realidad política y social que pretende regular. Instrumento para el cambio jurídico y político que, sin embargo, y como bien comprendió el insigne representante de la Escuela Alemana de Derecho Público²⁴⁹, ha de ser clara y definitivamente diferenciado de la reforma constitucional. Y es que, en efecto, *Verfassungsänderung* y *Verfassungswandlung* se presentan, y tan sólo pueden entenderse, como términos complementarios y, a al vez, excluyentes de la dinámica constitucional²⁵⁰, en el sentido de que, como, por ejemplo, indica Hesse, «La revisión constitucional se plantea allí donde la misma amplitud y apertura de la Constitución no es capaz de dar respuesta a los problemas planteados por una situación determinada»²⁵¹.

No podemos, como es obvio, detenernos aquí a realizar un estudio exhaustivo y pormenorizado de la mutación constitucional²⁵². Lo que nos intere-

244 G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 29.

245 Cfr. G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 6.

246 Cfr. H. DAU LIN, *Mutación de la Constitución* (1932), Oñati, 1998, pág. 45.

247 K. HESSE, «Límites de la mutación constitucional», en el vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, cit., pág. 91.

248 Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., págs. 179-181.

249 Cfr. G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 7.

250 Cfr., en este sentido, P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., págs. 180-181.

251 K. HESSE, «Límites...», cit., pág. 101. En el mismo sentido, cfr., también, R. CALZADA CONDE, *La reforma constitucional y la mutación en el ordenamiento constitucional* (Tesis Doctoral, inédita), Salamanca, 1987, vol. I, págs. 186-187.

252 Sobre la *Verfassungswandlung*, y sin ánimo de ser exhaustivo, cfr., por todos, J. Hatschek, «Konventionalregeln oder über die Grenzen des naturwissenschaftlichen Begriffsbildung öffentlichen Rechts», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts des Gegenwart*, 1909, vol. III, págs. 1 y ss.; *Das*

sa es, únicamente, llamar ahora la atención sobre algo que, por lo demás, debiera ser para todos evidente. Nos referimos a la circunstancia de que, en la medida en que con ella se llevan a cabo modificaciones de la voluntad de Poder Constituyente originario, el fenómeno de la *Verfassungswandlung* puede suponer un más que sobresaliente embate para la supremacía de la Constitución, que si bien encuentra su fundamento último en el dogma político de la soberanía del Pueblo (P. De Vega, G. Trujillo²⁵³), se hizo realmente eficaz cuando, como consecuencia del principio de rigidez constitucional (G. Vedel, P. De Vega²⁵⁴), se establece la doble distinción entre Poder Constituyente/poder de reforma/Legislador ordinario, por un lado, y Ley Constitucional/Ley de reforma/Ley ordinaria, por otro.

Fácil resulta, en tales circunstancias, deducir que el principal, y más importante, de los problemas que plantea la mutación constitucional es, como con acierto han señalado, por ejemplo, Hesse y De Vega²⁵⁵, el del establecimiento de límites a la posibilidad misma de la *Verfassungswandlung*. Lo que, en definitiva, se concreta en la vital y esencial cuestión de la determinación de cuándo un cambio no formal del Código Jurídico-Político Fundamental puede ser entendido como una auténtica mutación constitucional, que porque supone el ejercicio de una facultad constitucional que se actúa dentro de la Constitución y respetando los límites que ésta impone, habrá de reputarse siempre válida y lícita, y cuándo aquél constituye un supuesto de lo que la doctrina francesa llamó «*faussement de la Constitution*» (falseamiento constitucional), con el cual se pretende otorgar a determinados preceptos una interpretación y un sentido distintos e incompatibles con los que realmente tienen, y cuyo correcto, cabal y ponderado tratamiento, científico y práctico, remite no a la problemática de la *Wandlung*, sino, por el contrario, y como advierte el Maestro De Vega²⁵⁶, con el de las simples transgresiones del Texto Constitucional (*Verfassungsüberschreitung*). Es, justamente, en este punto donde se encuentran las mayores divergencias entre la teoría científica, estricta, técnica y moderna la de muta-

Parlamentsrecht des Deutschen Reich, Berlín-Leipzig, 1915; *Deutscher un preussinschen Staatsrecht der Deustchen Reichs*, Berlín, 1922, vol. I, págs. 13 y ss.; *Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regeirungsantrett des Königin Victoria*, Munich-Berlín, 1913, págs. 58 y ss, H. DAU LIN, *Mutación...*, cit., *passim*. K HESSE, «Límites...», cit., págs. 87-112. P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*. IV..., cit., págs. 158-223. P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., págs. 179-215. R. CALZADA CONDE, *La reforma...*, cit., vol. I, cap. 2; «Poder Constituyente y mutación constitucional: especial referencia a la interpretación judicial», en la obra colectiva *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, 1988, vol. II, págs. 1.095-1.111.

253 Cfr. P. DE VEGA, «Constitución y Democracia», en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983, págs. 71-72; *La reforma constitucional...*, cit., pág. 25. G. TRUJILLO, «La constitucionalidad de las leyes y sus modos de control», en el vol. *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, 1970, pág. 17.

254 Cfr. G. VEDEL, *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, París, 1949, pág. 117. P. DE VEGA, «Comentario al Título X: «De la reforma constitucional»», en la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, págs. 379-360; «Supuestos políticos...», cit., pág. 406.

255 Cfr. K. HESSE, «Límites...», cit., págs. 88-89; P. De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., pág. 214.

256 Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pág. 291.

ción constitucional, —que es la que se inicia en el período de la Teoría Constitucional de Weimar con el trabajo monográfico de Hsü Dau Lin, el discípulo chino de Rudolf Smend, y que había sido elaborado bajo la influencia de éste y de Heller, y que es la que se acepta y generaliza en la Teoría del Derecho Constitucional surgida tras el fin de la Segunda Guerra Mundial—, y la concepción de la misma mantenida originariamente por la Escuela Alemana de Derecho Público.

Es menester indicar, a este respecto, que la forja dogmática del concepto técnico y estricto de la *Verfassungswandlung* tiene como elemento esencial, central y medular la aceptación, plena, total y sin reserva de cualquier tipo, de la doctrina democrática del Poder Constituyente del Pueblo como principio inspirador, fundamentador y vertebrador del Estado Constitucional. Porque esto es así, evidente ha de ser para todos que la comprensión general de la mutación ha de ser muy distinta de la que, desde el principio monárquico, habían formulado Laband y Jellinek. En efecto, ocurre que, en la medida en que ahora se opera con el principio democrático y que, además, se extraen de él todas las consecuencias, jurídicas y políticas, que se derivan de la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo, la *Wandlung*, en cuanto que debida a la actuación de fuerzas cuyo sometimiento al Derecho sería un esfuerzo inútil (Jellinek²⁵⁷), deja de ser entendida como una facultad extrajurídica e ilimitada en poder de las fuerzas políticas, para pasar a ser configurada como una facultad constitucional.

Ni que decir tiene que al concebirse la mutación constitucional como una facultad constitucional, aquélla únicamente puede presentarse como una facultad limitada. Lo que, entendemos, no resulta muy complicado de entender. Basta, a este respecto, con tomar en consideración que, porque la *Verfassungswandlung* es una facultad constitucional, los operadores jurídicos y políticos del Estado tan sólo pueden tratar de ejercitar esta facultad de mutar el Texto Constitucional dentro de la propia Constitución, y, además, y esto es lo que resulta relevante, dentro de los límites que les impone el propio Código Fundamental. Límites éstos que, de manera principal, van a manifestarse en dos aspectos.

El primero de ellos, se refiere al contenido material de la mutación constitucional. Con meridiana claridad, acierto pleno y de manera reiterada, Konrad Hesse²⁵⁸ ha puesto de manifiesto que, en tanto en cuanto es una auténtica facultad constitucional, la interpretación, como principal instrumento para llevar a cabo la mutación, tiene sus propios límites, y que éstos se concretan, de manera básica y fundamental, en el propio texto de la norma constitucional que se interpreta. No aceptar este límite, advertirá el insigne constitucionalista alemán, conduciría inevitablemente a una situación harto peligrosa para la propia

257 Cfr. G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., pág. 84.

258 Cfr. K. HESSE, vol. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, cit., págs. 21 y ss., 23 y ss., y 30 («Concepto y cualidad de la Constitución»); 51-52 («La interpretación constitucional»), y 111-112 («Límites...»).

subsistencia del Estado Constitucional. Y ello, por la sencillísima razón de que, con ello, se estaría abriendo la puerta a situaciones previas a dictaduras más o menos encubiertas. De esta suerte, evidente resulta que, desde el concepto científico, técnico y estricto de la mutación constitucional, lo que nunca pueden hacer los operadores políticos y jurídicos, por muy generosos que deseen ser, es ir abiertamente en contra de las soluciones que el Poder Constituyente originario estableció en la Constitución.

El segundo tipo de límites, por su parte, se encuentra en relación con la problemática de cuándo resulta admisible el acudir al instituto de la *Verfassungswandlung* para operar un cambio no formal del Texto Constitucional vigente. La respuesta a este interrogante, nos la ofrece el Profesor De Vega. Escribe, a este respecto, el Maestro que la posibilidad de una discordancia, o incongruencia, entre la realidad normativa y la realidad política y fáctica es únicamente admisible «Mientras la tensión siempre latente entre lo fáctico y lo normativo no se presenta en términos de conflicto e incompatibilidad manifiesta, [...]. El problema de los límites de la mutación constitucional comienza cuando la tensión entre facticidad y normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la misma noción de supremacía. Es entonces cuando aparece como única alternativa posible la de, o bien convertir la práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico, en nombre de la legalidad existente, de la mutación. En cualquiera de los dos supuestos la mutación desaparecería, y la supremacía de la Constitución quedaría salvada»²⁵⁹. Lo que, traducido en otros términos, significa que la posibilidad de la transformación del Texto Constitucional mediante su cambio no formal, acaba allí donde se plantea una solución límite. Cuando ésta aparece, será la revisión de la Constitución el único instrumento jurídicamente adecuado para operar el cambio constitucional, en el sentido de que, como ha precisado Pedro De Vega, «si las exigencias políticas obligan a interpretar el contenido de las normas de forma distinta a lo que las normas significan, es entonces cuando la reforma se hace jurídica y formalmente necesaria. En toda situación límite no cabe otro dilema que el de falsear la Constitución o reformarla. [...]. Cuando la opción última se presenta en términos de reforma o falseamiento del texto constitucional, las exigencias de la lógica jurídica en favor de la reforma terminan coincidiendo con los requerimientos de la propia lógica política democrática»²⁶⁰.

Bien distinta, y de manera necesaria, habría de ser la solución defendida por la Escuela Alemana de Derecho Público. También Laband y Jellinek hubieron de enfrentarse a la cuestión de qué habría de hacerse prevalecer cuando, al aparecer la discordancia entre la realidad normativa y la realidad político-social en términos de total y frontal oposición e incompatibilidad manifiesta, se plantea una situación límite. Ni que decir tiene que, habida cuenta la, de algún modo, deificación de la norma jurídica a la que les conducía su radical positi-

259 P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pág. 215.

260 P. DE VEGA, *La reforma constitucional...*, cit., pág. 93.

vismo, hubiera debido esperarse que su respuesta a este problema fuera la de hacer prevalecer, siempre y en todo momento, la fuerza normativa de la Constitución sobre la fuerza normativa de lo fáctico.

Su respuesta fue, sin embargo, muy otra. En efecto, concebido el *fait accompli* como un fenómeno histórico con fuerza constituyente, será la fuerza normativa de lo fáctico lo que haya de prevalecer en caso de conflicto. Dicho en otros términos, lo que la Escuela Alemana de Derecho Público hace es, pura y simplemente, afirmar que cualquier cambio no formal de la Constitución ha de ser entendido y reputado como válido y legítimo. Con lo que, como a nadie puede ocultársele, se determina que el *faussement de la Constitution*, lejos de ser una mera transgresión del Código Jurídico-Político Fundamental y, en consecuencia, ilícito, se convierte en un operación constitucional siempre válida y que, en definitiva, se equipara a la mutación en sentido estricto como instrumento adecuado para, atendiendo a la necesaria dinamicidad impuesta por la realidad política y social, llevar a cabo la transformación del Texto Constitucional. No otra cosa, de todos modos, cabe deducir de la afirmación de Georg Jellinek, según la cual, si los operadores jurídicos y políticos del Estado aceptan aquella, «no hay medio alguno para proteger a la Constitución contra una mutación ilegal debida a una interpretación ilegítima»²⁶¹.

Importa advertir que, aunque aparentemente extraña y sorprendente, la respuesta dada por Laband y Jellinek a la problemática de la *Verfassungswandlung* resulta, empero, consecuente, y plenamente coherente, con los presupuestos metodológicos y políticos desde los que actuaba la Escuela Alemana de Derecho Público. En este sentido, es menester, en primer lugar, tener en cuenta que la teorización que aquéllos realizaron de la mutación constitucional, fue elaborada desde la consideración del principio monárquico como único criterio inspirador, fundamentador y vertebrador del Estado. Circunstancia ésta que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, incapacitó al primer positivismo jurídico formalista para comprender el Texto Constitucional como una verdadera Constitución. Recuérdese, a este respecto, que para el constitucionalismo monárquico la Constitución se presentaba como una norma jurídica cuyos mandatos se imponían, efectivamente, al Parlamento, al Gobierno, a la Administración Pública, a la Judicatura, y a los gobernados, pero que, sin embargo, carecía de eficacia frente a la voluntad de un monarca que, erigido, directa o indirectamente, en el verdadero titular de la soberanía y que, además, actuaba siempre como soberano, se presentaba como un sujeto *legibus solutus*.

Nada de extraño tiene, en este contexto, que tanto Laband como Jellinek se mostrasen solícitos a conferir validez a cualquier tipo de cambio no formal del Texto Constitucional, incluidos los que se debían no a auténticas mutaciones, sino a falseamientos de la Constitución. Sobre todo, si se advierte que la mayoría de los supuestos de falseamiento se debían a la voluntad, que ellos entendían ilimitada, del monarca.

261 G. JELLINEK, *Reforma...*, cit., p. 20.

Íntimamente relacionado con lo anterior, y en segundo lugar, aparece una circunstancia política que explica la respuesta del primer positivismo jurídico formalista, y que en modo alguno ha de ser ignorada, ni puede ser minusvalorada. Nos referimos, innecesario debiera ser aclararlo, a la actitud política que estos autores trataban de camuflar con sus, tan reiteradas como pomposas, apelaciones al objetivismo científico y la neutralidad ideológica. Fue ya Triepel quien, con absoluto acierto y total contundencia, puso de manifiesto que aquellas apelaciones al objetivismo científico, la pureza metodológica y la neutralidad ideológica no eran, en realidad, más que el mecanismo con el que contaba la vieja Escuela Alemana de Derecho Público para excluir del debate político a todos aquellos juristas y politólogos cuyas opiniones fueran contrarias a los intereses, cambiantes y coyunturales, del monarca, al mismo tiempo que para asegurar su presencia, exclusiva, excluyente y monopolizadora, en aquél. Que ello fuera así, se debe a que, como escribe el propio Triepel, «Sin embargo, la exigencia de que los profesores no debían ocuparse de contingentes discusiones políticas, no ha sido nunca cumplida por ellos, tanto menos cuanto que precisamente cortes y gobiernos se han servido siempre de buena gana de sus dictámenes —solicitados o no—, con la condición, claro está, de que se emanasen a su favor. [...]. Y lo mismo han hecho los profesores de Derecho público del siglo XIX, [...]. Pues tampoco Laband ha despreciado el tomar posición en polémicos escritos sobre problemas políticos del momento con significación jurídica, como el litigio sobre el trono de Lippe o la introducción de impuestos imperiales directos»²⁶².

En nuestra opinión, no puede existir la menor duda sobre el es que este afán por servir al poder el que, en último extremo, se encuentra en la base de la equiparación realizada por Laband y Jellinek entre *faussement de la Constitution* y *Verfassungswandlung*, y, en todo caso, en la atribución de validez, licitud y legitimidad al primero. Y es que, en efecto, no puede ignorarse que si, como acabamos de decir, la mayoría de los supuestos de falseamiento constitucional se debían a la voluntad del rey, todos ellos se verificaban en favor de los intereses del *Kaiser*.

Fácil resulta, desde la anterior óptica, comprender el interés que Mussolini y Hitler tuvieron en la construcción del positivismo jurídico formalista sobre la mutación constitucional. Téngase en cuenta que, por una parte, aquélla les permitía seguir manteniendo a nivel formal la vigencia del Estatuto albertino y de la Constitución de Weimar, con lo que, obviamente, podían tapar sus vergüenzas ante la sociedad internacional y ante los ciudadanos italianos y alemanes, al poder presentarse como gobernantes democráticos cuya actuación se producía en el marco de sendos Textos Constitucionales. Pero, al mismo tiempo, la doctrina de Laband y Jellinek, con su aceptación incondicionada de la fuerza normativa de lo fáctico, les permitía poner en marcha un régimen político en el que, como certeramente denunció Heller²⁶³, nada quedaba en verdad del Esta-

262 H. TRIEPEL, *Derecho Público y Política...*, cit., págs. 42-43.

263 Cfr. H. HELLER, «Europa y el fascismo», cit., págs. 74 y ss.

tuto albertino o de la Constitución de 1919, los cuales, aunque formal y jurídicamente vigentes, se encontraban efectivamente derogados desde el punto de vista de la práctica y la realidad jurídico-política.

* * *

ABSTRACT. *The time know as «Constitutional Theory of Weimar» has been, unquestionably, one of the richest periods in the construction of the Constitutional Law. In it, really, all the greatest concepts and institutions in which the modern Constitutional State have been launched. Everybody knows that, in these years, the fecunder debate had been developed about the way the Constitutional Law must be studied. The connection of this dogmatic polemical with the political, social and economic reality determined to be in the period between the two wars where, with more intensity, the inseparable relation between juridical method and political regime was made manifest.*