

EL PROBLEMA DEL CONSTITUCIONALISMO DESPUÉS DEL ESTADO MODERNO

POR

PIETRO GIUSEPPE GRASSO (*)

A las grandiosas transformaciones que se reconocen en muchas relaciones de la vida civil y política así como a las novedades en diversos campos del conocimiento humano, se corresponden contemporáneamente notables cambios en el derecho constitucional propio de los regímenes liberal-democráticos. Más exactamente en una observación crítica de las reales condiciones histórico-espirituales, como se afirma por autores acreditados, se advierten señales de crisis o de decadencia. Las actividades prácticas de las instituciones a menudo tienden a desarrollarse fuera de las previsiones normativas textuales e incluso a prescindir de las soluciones aceptadas por la práctica, aunque si se considerasen ya seguras. Muy al contrario, ante la presión de hechos cada vez más inciertos y problemáticos, se rebelan las explicaciones y construcciones anteriormente aceptadas por los teóricos. A pesar de tales evoluciones, legisladores y constituyentes han seguido conservando y volviendo a proponer para los ordenamientos estatales de inspiración liberal-democrática, los paradigmas normativos e institucionales típicos, establecidos hace más de dos

(*) En la colección *Prudentia iuris*, de la editorial Marcial Pons, acaba de aparecer un volumen del profesor italiano Pietro Giuseppe Grasso, ordinario de Derecho constitucional en la Universidad de Pavía, decano de los iuspublicistas italianos y presidente del *Institut International d'Études Européennes "Antonio Rosmini"*, de Bolzano, así como miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Colaborador ilustre de *Verbo*, es un honor publicar la introducción del libro bajo el título general que éste lleva (N. de la R.).

siglos por el anterior derecho constitucional. Se manifiestan además intenciones difusas en el sentido de extender la aplicación de los mismos paradigmas a ordenamientos mucho más vastos en comparación con los viejos Estados.

Además se advierte la concurrencia de tendencias contrapuestas, de decadencia y de continuidad, que denotan la presencia de un período de transición en aquella parte del derecho público concebida por definición como dirigida a garantizar la estabilidad de los otros sectores del derecho positivo. Incluso en nuestro caso parece que se debe volver al principio según el cual precisamente en los períodos de transición es posible percibir motivos serios para la reflexión teórica. Así vienen a entreabrirse horizontes de investigación cada vez más extensos y complejos, aunque en este estudio sea impensable ir más allá de alguna alusión mínima, parcial y fragmentada. De acuerdo con acreditadas enseñanzas, permítase alguna referencia a tres aspectos fundamentales, en los que es posible encontrar una evolución ininterrumpida hasta el presente. Primeramente se puede mencionar el hecho de que en los países occidentales desde siempre el derecho constitucional se ha manifestado como estrechamente conexo con un movimiento político caracterizado por afirmaciones esencialmente ideológicas: el constitucionalismo, realizado en correlación estrecha con el liberalismo. En segundo lugar, debe observarse que, incluso tratándose de una rama del ordenamiento jurídico aparecida bastante tarde en el curso de los siglos, al derecho constitucional se le ha atribuido constantemente la primacía o bien la preeminencia sobre todas las demás ramas, en particular sobre el derecho civil, el derecho penal y el derecho mercantil, que llegaron a su formación acabada en épocas mucho más remotas. Como tercer punto nótese que el derecho constitucional siempre ha sido considerado como un conjunto de medios idóneos para alcanzar fines de carácter eminentemente político como sustituir el derecho natural, conferir apariencia de vitalidad a un determinado ordenamiento del Estado (*in fieri* o bien en decadencia), proporcionar justificación o ser incluso factor de cohesión civil o espiritual para los intentos de construir ordenamientos más extensos con respecto a los de cada Estado. Los tres

aspectos indicados se hallan todavía presentes y operantes, aunque hoy se hayan hecho problemáticos, en muchos aspectos de la vida civil y política.

a) En cuanto a sus relaciones con el movimiento constitucionalista hay que recordar que su renovada importancia se hizo patente en el curso de los conflictos del siglo xx, caracterizados por sus fuertes contraposiciones ideológicas. Fueron también motivo de las contiendas de entonces los intentos de imponer nuevas formas de Estado, autoritario o socialista, casi como única alternativa frente al anterior Estado de derecho liberal-democrático. Precisamente porque tales conexiones con la realidad política son inevitables, se vuelve a proponer la exigencia de distinguir y comprender lo que pertenece al derecho, en sentido sustancial, con respecto a la ideología y al deseo contingente de los gobernantes, que lo siguen siendo aun cuando se expresen mediante fórmulas de autoridad o bien de compromiso. Después de tantas experiencias, no parece que todavía sea posible buscar soluciones volviendo a proponer aplicaciones rígidas de los métodos jurídicos "puros", limitados a la mera lectura de los textos y de los actos formales de los poderes públicos, evitando contaminaciones con nociones llamadas "no jurídicas". Tales métodos, concebidos por motivos políticos *lato sensu*, unidos a las vicisitudes del liberalismo, habían terminado por combinarse, en una más comprensiva visión teórica, con los cánones del positivismo jurídico, según las interpretaciones acogidas en algunos países.

Aquí importa notar que en un orden establecido a través de disposiciones escritas, impuestas por poderes autoritarios, puede ser problemático distinguir en los textos normativos lo que objetivamente corresponde al carácter sustancial de la juridicidad. Hay que recordar, acerca de esto, que una referencia a un orden jurídico independiente y distinto, ya sea de las ideologías o de las pretensiones de los hombres políticos, se puede discernir en las concepciones de tiempos pasados seguidas hasta la época del absolutismo. Se afirmaba entonces que los monarcas y generalmente los rectores de la cosa pública debían ser considerados

como sometidos al derecho natural en cuanto a la acción de gobierno. En estos términos, al menos por principio, se mantenía la premisa según la cual el poder político y legislativo de los hombres debe permanecer subordinado a una instancia jurídica originaria e independiente. Para negar el significado de tal afirmación no vale aducir que de hecho eran muchos los actos y comportamientos que violaban dicho principio. Naturalmente, en este lugar se evita considerar las dificultades encontradas por las concepciones antropocéntricas del derecho natural como mero atributo de la razón humana. Hay que añadir que, aparte de tantos auspicios, al menos hasta ahora no ha habido ningún retorno a la vía del derecho natural como regla de la vida cotidiana.

b) En los teóricos se pueden encontrar muchas expresiones de la primacía reconocida al derecho constitucional sobre las otras ramas del derecho positivo en cuanto a contenido normativo, eficacia e incluso prestigio. Ya Pellegrino Rossi escribió que en el derecho constitucional las demás ramas del derecho positivo encuentran los «encabezamientos de sus capítulos», *ses têtes de chapitre*. Uno de los más acreditados representantes de la escuela italiana, Santi Romano, acogió, como comparación, la alegoría de un tronco de árbol del que brotan las demás ramas del derecho. Con las debidas diferencias, se podría también hacer referencia a la construcción unitaria enunciada por Hans Kelsen, para quien todas las fuentes y normas de derecho positivo deben ser encuadradas sistemáticamente según sus diferentes grados de eficacia y jerarquía. Las ideas recordadas sirven para confirmar la conexión histórica del derecho constitucional con las estructuras institucionales características del Estado moderno. Palabras como primacía, orden normativo y supremacía, señalan los tipos de relación que presuponen una concepción de unidad funcional, si no sistemática, entre los muchos sectores del derecho positivo, propia de los ordenamientos estatales. Añádase que con las mismas concepciones admitidas por el derecho constitucional parecen relacionarse algunas expresiones referidas en sentido estricto a los textos de las constituciones escritas, como "ley fundamental" o "ley de leyes".

c) A la decadencia de los viejos Estados nacionales, como se ha recordado, han seguido tendencias en el sentido de aplicar los paradigmas del derecho constitucional para entidades espaciales y humanas de dimensiones más vastas, como la unificación de Europa en un orden federal e incluso para la pronosticada construcción de un nuevo orden mundial. Los paradigmas de la organización constitucional, considerados coesenciales con la forma del Estado de derecho, sin embargo aparecen inadecuados y no plenamente aplicables para dimensiones más amplias. Acerca de ello son instructivas las dificultades y divergencias encontradas para la formación de un orden federal en la Unión Europea. Mas que en la estructura de la organización, de acuerdo con las opiniones dominantes, se trata de descubrir elementos de continuidad en el enunciado de las garantías de los derechos fundamentales, aunque también pueda notarse en ellas cambios de cierta importancia. Otro elemento de continuidad se encuentra en las ideologías propias del constitucionalismo o en la posibilidad de inspirarse en ellas.

En los rasgos sumarios precedentes se puede advertir que hoy subsisten cuestiones y dudas de incierta solución en el futuro. En relación con ello debe observarse que no representa un problema jurídico establecer de forma segura cuál podrá resultar la forma efectiva de los ordenamientos continentales o bien globales, cuya fundación hoy se desea. Por tanto, en las presentes páginas se puede discutir previamente si dichos ordenamientos supraestatales futuros lograrán corresponderse, más o menos perfectamente, con los ejemplos históricos ya realizados en los regímenes de los Estados liberal-democráticos. Cualquier conjetura y esperanza acerca de la configuración de los ordenamientos institucionales que puedan establecerse dependen de convicciones subjetivas y si acaso parece que deben valorarse en el orden de los estudios filosóficos. A una reflexión específicamente jurídica atañe más bien la tarea de investigar una mejor comprensión de la validez de las ideologías y los principios institucionales y normativos del constitucionalismo en relación con las condiciones histórico-espirituales contemporáneas, diferentes de las de ayer. Se trata de un reconocimiento preliminar y prejudicial, dirigido a

averiguar las actitudes y posibilidades de ulteriores aplicaciones y desarrollos, imaginables en un conjunto de paradigmas normativos e institucionales, transmitidos desde el pasado.

En el contexto de semejante reconocimiento preliminar parece se deba también tener en cuenta un nuevo pensamiento crítico acerca del fundamento primario del derecho constitucional. Acerca de ello solo se permite aquí una alusión parcial y sumaria. Aunque conciernan solo a una parte del derecho constitucional de los países occidentales, parecen un ejemplo las disputas recientes acerca del fundamento de los derechos humanos sancionados en las Cartas constitucionales y en declaraciones internacionales. En efecto, algunos han querido hablar de atributos naturales, originarios del ser humano, aunque mantenidos dentro de los límites de una visión immanentista, excluida toda referencia a lo trascendente. Otros, bastante numerosos y con mayor acuerdo con el espíritu y realidad de las instituciones liberal-democráticas, han creído, en cambio, discernir, en los mismos derechos, el resultado de hechos históricos, inherentes a la dialéctica perenne entre persona y colectividad. En todo caso, importa recordar que tales controversias sobre los fundamentos, en la práctica han sido dejadas constantemente aparte, sin efectos en la vida cotidiana del derecho positivo y de la política. Precisamente por ello, hombres políticos, constituyentes y legisladores, aunque partiendo de premisas diferentes e incluso opuestas, en los casos concretos han logrado concordar con frecuencia en la formulación de catálogos comunes de derechos, para insertarlos luego en los documentos constitucionales e internacionales. De tal orientación, continuada en la práctica, se encuentran también propuestas de explicaciones teóricas dirigidas a demostrar su plena correspondencia con los principios de los ordenamientos liberal-democráticos. En una página famosa de 1948 Jacques Maritain creyó inevitable, en muchos regímenes liberal-democráticos, semejante escisión entre la disparidad en las convicciones fundamentales de los diversos grupos adheridos a ellos y los acuerdos sobre los textos concordados con fines prácticos. Sucesivamente Norberto Bobbio ha escrito que el «problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el justificarlos, sino el de protegerlos».

En la afirmación del pensador francés aquí referida, un crítico halló «una incongruencia grave al separar y aislar el orden especulativo del orden práctico». Una tan radical renuncia a todo conocimiento teórico de por sí, señala una separación con respecto a las visiones ideales que informaron los orígenes del constitucionalismo liberal con particular referencia a los derechos humanos. Al menos en las cuestiones examinadas, si no precisamente renegadas, resultan dadas de lado las concepciones del racionalismo o sea de un importante factor espiritual en la formación del constitucionalismo liberal. Como es sabido, en los orígenes se sostuvo que en el derecho construido por los hombres todo debiera ser simplificado, hecho cierto, calculable, en una palabra "racionalizado" y, por lo tanto, depurado de cualquier resto de oscurantismo, arbitrariedad, irracionalidad, sin ninguna zona de sombra. De acuerdo con esta posición, parece lógico que los paradigmas del constitucionalismo haya que considerarlos como figuras de carácter histórico y relativo, dependientes de las opiniones dominantes en determinado momento y también del apoyo de las mayorías electorales y de las decisiones de quienes ostentan el poder político, a veces según valoraciones contingentes y pasajeras. Siempre en el mismo orden de ideas, resultarían por tanto inútiles e infundados los intentos de "absolutivizar" los postulados y principios del constitucionalismo. Las opiniones de hecho dominantes en cierto período incluso pueden llegar a ser temporalmente eficaces, pero cosa distinta es sancionar normas de derecho con valor universal, perenne, absoluto. En la imposibilidad de probar una naturaleza metahistórica y metapositiva como carácter intrínseco de las ideas del constitucionalismo y de los principios del derecho público contemporáneo, faltarían criterios apropiados para determinar *a priori* la validez y la legitimidad de los ordenamientos jurídicos auspiciados y acaso bosquejados en un algún proyecto, pero todavía no establecidos. Por ello, se plantearía el problema de posponer la legitimación de los ordenamientos previstos, una vez realizada su instauración, según el principio de efectividad, esencial en la especulación del positivismo jurídico.

Me siento particularmente honrado por haberseme brindado la oportunidad de presentar a los lectores españoles el resumen de mis reflexiones sobre temas actuales del derecho público establecido en las naciones del viejo continente, temas relevantes para la comprensión de nuestro tiempo y también con alguna consideración preliminar acerca de su eventual evolución en el futuro. Por tanto, expreso mi sentimiento de gratitud a mis ilustres amigos Juan Bms. Vallet de Goytisolo y Miguel Ayuso Torres, por haber promovido y hecho posible la traducción de mis escritos en una colección tan prestigiosa como vivaz.