

TENER Y ESTAR EN CONSTITUCIÓN

PABLO LUCAS VERDÚ

SUMARIO

1. ES EVIDENTE QUE EN ESPAÑA TENEMOS UNA CONSTITUCIÓN. AHORA BIEN, INSISTO: ¿ESTAMOS EN CONSTITUCIÓN? 2. ENEMIGOS DE LA CONSTITUCIÓN. 3. EL TENER Y ESTAR EN CONSTITUCIÓN Y LAS PRÓXIMAS ELECCIONES. 4. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN EXAMINADA DESDE EL ENFOQUE DE TENER, ESTAR Y CONTAR CON ELLA. 5. LA CUESTIÓN DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EXAMINADO DESDE LA DISTINCIÓN ENTRE TENER Y ESTAR EN CONSTITUCIÓN.

Fecha recepción: 14.04.2009

Fecha aceptación: 4.05.2009

TENER Y ESTAR EN CONSTITUCIÓN

POR

PABLO LUCAS VERDÚ

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
de la Universidad Complutense.
Académico de Número de la Real Academia
de Ciencias Morales y Políticas.

1. ES EVIDENTE QUE EN ESPAÑA TENEMOS UNA CONSTITUCIÓN. AHORA BIEN, INSISTO: ¿ESTAMOS EN CONSTITUCIÓN?

En principio parece una afirmación absurda porque contamos con un Texto Fundamental fruto de una transición modélica: de un Estado autocrático a otro democrático. Homologable con las Constituciones democráticas.

No pretendo mantener una posición partidista. Sólo intento exponer un punto de vista, personal por supuesto, susceptible de discusión. Sostengo que nuestra Constitución es aceptada por gran parte de la ciudadanía que la aprobó en 1978.

A partir de esa memorable fecha contamos con una Carta Fundamental comparable con las de los países democráticos.

Ahora bien, mi preocupación actual es ésta: ¿Seguimos teniendo y *estando con ella*? Veamos.

2. ENEMIGOS DE LA CONSTITUCIÓN

Huelga decir que el principal enemigo de la Constitución es la violencia.

Es imposible que un país pueda prosperar y vivir normalmente cuando la tranquilidad del orden público se vulnera.

Fransçois Robert en su *Diccionario de términos filosóficos* (traducción de José Manuel Revuelta Acedo, Editorial Acanto, p. 64), nos dice: «La concordia y el entendimiento entre los hombres no pueden lograrse más que con un proyecto cultural, político cuya concepción y puesta en práctica requieren una perpetua movilización de los espíritus y de las voluntad. Pese al proyecto de paz perpetua de Kant, la historia muestra que la razón no puede, por si sola, llegar a establecer, definitivamente, la paz».

Aclaro la última afirmación del autor mencionado porque el terrorismo etarra pretende establecer un Estado totalitario de modo que mediante la violencia se quiere establecer y seguir otra violencia.

Mientras se practique la violencia en un país que tiene Constitución pero *no está* en ella, es imposible una convivencia normal y justa.

No debe olvidarse que una buena Constitución no sólo se basa en tener y estar en Constitución considerando a esas dos afirmaciones como un simple dualismo, porque es indispensable que se apoye en principios éticos.

Así el Tener y Estar en Constitución requieren fundamentalmente valores éticos que la justifican.

Precisamente nuestro Texto Fundamental afirma en su *Preámbulo*: « .. .la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo» y el *artículo 1*, nos dice: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», y en el *artículo 10.1*, nos dice: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Así, pues, los términos *tener* y *estar* en Constitución no son un *deus ex machina* que resuelve también mecánicamente situaciones peligrosas.

La pregunta si es posible *tener* y *estar* en Constitución cuando acosa el terrorismo depende de la voluntad decidida y constante de los gobernantes sin concesiones.

Es obvio que para conseguir acabar con el terrorismo es necesaria una respuesta adecuada y constante sin concesiones o negociaciones como la experiencia reciente lo demuestra y, por supuesto, con la cooperación efectiva de países vecinos. Las consideraciones anteriores son obvias pero no deben olvidarse puesto que no es posible que funcione adecuadamente un Estado, si no se aplican con el ánimo sincero, el estar en Constitución.

3. EL TENER Y ESTAR EN CONSTITUCIÓN Y LAS PRÓXIMAS ELECCIONES

a) La próxima consulta electoral sin duda alguna es muy importante. Pondrá a prueba la conciencia cívica de los ciudadanos.

Si no yerro una cosa es *Tener* Constitución otra muy distinta *Estar* en ella. Hay normas que están vigentes pero no se cumplen, sea por olvido, descuido, o peor, intencionalidad inaceptable. Sea porque no se aplican algunos de sus preceptos olvidándolos o se retrasa su cumplimiento.

Es claro que lo anterior no atañe a las normas programáticas que remiten su cumplimiento *ad calendas graecas*. Dichas normas son abundantes en nuestra Constitución lo mismo que en la democracia de los países democráticos.

b) Como es sabido, y conviene recordar, Gran Bretaña es un ejemplo que corrobora la interrelación entre *Tener* y *Estar* en Constitución.

Cuenta con raíces medievales, costumbres y textos antiguos que llegan a nuestros días respetados por sus gobernantes y gobernados. Es cierto que el Reino Unido contó con dos Constituciones: El *Agreement of the People* y el *Instrument of government* pero retornaron a su tradición. Además logrando el respeto y aceptación de gobernantes y gobernados.

Ejemplo secular es el Reino Unido con instituciones que llegan a nuestros días.

c) Es lógico que la duración y aceptable funcionamiento de las instituciones se considere por los ciudadanos y los gobernantes como bases fundamentales.

La educación cívica y patriótica, respetuosa de las normas e instituciones establecidas, han contribuido a su permanencia y eficacia.

Son disposiciones que remiten al legislador o indican una pauta política, económica, social a seguir.

La bibliografía sobre el Derecho constitucional anglosajón cuenta con monografías dedicadas a la comparación entre el Derecho constitucional continental europeo y las instituciones anglosajonas.

Del mismo modo sobre los diferentes métodos comparándolos.

d) Es curioso el intento de varios profesores británicos que proponen una Constitución escrita para Gran Bretaña. Remito a mi artículo: «¿Adiós a una admirable tradición? ¿Una Constitución escrita para el Reino Unido? En *Debate Abierto*, nº 10, Madrid 1994, pp. 13-21.

e) A mi entender el *Tener* y *Estar* en Constitución son efectivos cuando operan satisfactoriamente, apoyándose en principios *valorativos, socio políticos y prácticos*.

Toda Constitución si pretende lograr la adhesión sentida de una mayoría importante de los ciudadanos, ha de contar con una fundamentación axiológica, es decir con el convencimiento de que sus preceptos se apoyan en principios éticos universales.

En efecto, el *artículo* 1 de nuestra Constitución propugna «... como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

El *artículo* 10.1 afirma: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherente, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social».

El *artículo* 27.3 nos dice: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Así, pues, la concepción del mundo y de la vida que mantiene nuestro Texto Fundamental cuadra, perfectamente, con la tradición multiseccular cristiana a la que me adhiero.

f) En mi monografía: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La Teoría constitucional de Rudolf Smend*, Tecnos, Madrid 1987, p. 89 y ss., comento su teoría de la integración del Estado adhiriéndome, con admiración, a los procesos integradores del Estado mediante los procesos de integración *personal* (liderazgo), *funcional* (elecciones y votaciones) y *material* (símbolos políticos, bandera, jefes de Estado, especialmente los Monarcas, ceremonias políticas y fiestas nacionales).

No me resisto a mencionar un texto premonitorio de un importante escritor británico: Thomas Carlyle en su obra *Sartus Resartus* (traducción de E. González Blanco) Espiral Fundamentos, Madrid 1973, libro III, cap. III, «Símbolos», p. 23: «No he visto yo mismo a quinientos soldados vivos hacerse rajar para servir de alimento a los cuervos, por un pedazo de algodón pintado que ellos llamaban su bandera y que de venderlo en el mercado, no hubiera válido más de tres Grunschen? ¿Acaso la nación húngara no se levantó en masa, cuando el Emperador José su cruz de Hierro? En los símbolos y por los símbolos el hombre, consciente o inconsciente, vive, trabaja, participa del ser: así las épocas que saben reconocer el valor de los símbolos y los estiman como las cosas más elevadas de todas son consideradas como más nobles».

Recordemos, cómo en la actualidad se patentiza notoriamente la figura de nuestro Rey, que cuadra con el *artículo* 56.1 de la Constitución: «El rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado

español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes».

4. TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN EXAMINADA DESDE EL ENFOQUE DE TENER, ESTAR Y CONTAR CON ELLA

1. Puede advertirse que en nuestro tiempo hay un prurito de tener Constitución en países que se independizaron, pacífica, o, violentamente, de la metrópoli. Así, pues, su Texto Fundamental emerge en el concierto internacional de modo evidente; y solemne, con su bandera e himno nacional.

2. Ahora bien, estos acontecimientos, intensificados después de la segunda guerra mundial no significan siempre que los pueblos de tales países gocen de los derechos y libertades de los Estados con tradición libre y democrática. Así, pues, *tienen* Constitución pero no *están* en ella. ¿Reúnen todos ellos, las condiciones indispensables democráticas para *estar en Constitución*?

Además, es necesario *contar* con la Constitución codificada o consuetudinaria, demoliberal o socialista.

Es claro que el *tener, estar y contar* con Constitución arranca unas veces de una larga tradición demoliberal y socialista en tanto que aseguren los derechos y libertades cívicas y sociales que protegen y aplican el desarrollo de las personas humanas en la convivencia pacífica inspirándose en principios éticos recogidos en la Declaración Universal de los derechos humanos.

3. *El contraste de las lagunas y de las normas programáticas con el Tener, Estar y Contar con la Constitución*

En cuanto a las lagunas constitucionales cabe decir que mientras no se admita la existencia de unos principios suprapositivos: sea el recurso a un Derecho natural o a una estimativa ética, la cuestión es insondable de modo que el *Tener* Constitución pierde su justificación suprapositiva mediante el *Estar* en ella, así como el *Contar* con ella.

En cuanto a la afirmación crítica que el *TENER, ESTAR Y CONTAR* con Constitución es una tesis utópica, imaginativa, inaceptable, significa volver al positivismo decimonono que perjudica a la necesaria armonía entre gobernantes y gobernados.

a) Tal vez al *Tener y Estar* en Constitución podría añadirse otro factor.

Sería *Contar* con ella. Este añadido significaría la adhesión de la ciudadanía mediante una educación cívica desde la infancia en las escuelas hasta la madurez subrayando su importancia. No hay Constitución sin auténticos ciudadanos.

Esto implica *sentir* también, la Constitución así como su simbología: banderas, himno nacional, que identifican a la Patria en el concierto internacional.

Nuestra Constitución logró la convivencia pacífica de los españoles después de una guerra incivil seguida de una dictadura inflexible.

Después logramos entrar, con dignidad, en el concierto internacional.

b) A continuación, expondré dos cuestiones que corresponden a un análisis técnico-jurídico. A saber: *el problema de las llamadas lagunas constitucionales* y el asunto de las *normas programáticas*.

Sobre ellas existe una extensa bibliografía.

5. LA CUESTION DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EXAMINADO DESDE LA DISTINCIÓN ENTRE TENER Y ESTAR EN CONSTITUCION

1. Hace tiempo Erhst Zitelmann en su *Lücken im Recht*, afirmó que la cuestión de las lagunas fue vivamente discutida en los tiempos modernos. También el problema de las lagunas se planteó en el Derecho civil siguiendo, por lo general, el método del positivismo jurídico. Cualquier referencia al Derecho Natural fue rechazada.

No es menester subrayar que las posibles lagunas en el Ordenamiento Constitucional plantearían un grave problema, puesto que la Constitución es la base del ordenamiento jurídico de un pueblo.

Así pues, si no se colman sus consecuencias serían peores. Entonces ¿Cómo resolver tan grave situación? ¿Recurriendo al Derecho Natural? ¿Apoyándose en el Derecho Constitucional comparado? O en ¿El Derecho de la Unión Europea?

2. Nuestra Constitución en el *artículo* 1.1, afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Considero significativa la expresión «valores superiores de su ordenamiento jurídico» porque cuadra con una referencia a un Derecho suprapositivo.

A mi entender una auténtica y respetada Constitución es una *vividura*. Permítaseme este término que tal vez sea expresivo.

Esta calificación puede aplicarse a la Constitución británica y a la de los Estados Unidos norteamericanos.

3. En cuanto a las *normas programáticas* se pretende estructurar la sociedad con arreglo a unos objetivos sociales cuya realización no es inmediata puesto que

se confía a las leyes que las concretan. No regulan desde el principio las relaciones y situaciones sobre las que versan. Se limitan a indicar lo que debería hacerse.

La calificación de *programáticas* me parece inexacta. En el fondo de toda Constitución democrática existe un proyecto más o menos loable que por supuesto debe cumplirse para no desilusionar al pueblo máxime cuando se compara con el régimen anterior opresivo. Así, pues su destinatario, el pueblo, espera que se cumplan más o menos ilusionado, y, por supuesto, lo más pronto posible. Esto último depende de la capacidad, estímulo y la decisión de los gobernantes.

4. Lagunas y normas programáticas desde la perspectiva de *Tener y Estar* con la Constitución:

El mejor observador de la efectividad de la Constitución, de su debida aplicación de las medidas legislativas, administrativas, es sin discusión: el pueblo. Cuando las relaciones entre el pueblo y el gobierno se retrasan o tergiversan entonces es lógico, aunque lamentable, que la sociedad se desilusione, incluso se irrite y entonces sectores más o menos extensos, pero significativos, sienten que han sido defraudados.

Si, lamentablemente su frustración, descontento e indignación crece porque perciben que han sido engañados, es un motivo que perjudicaría al gobierno y, como es lógico favorecería a la oposición.

La opinión pública se pregunta ¿Dónde están las normas que concretan lo prometido?

Por último, mientras las lagunas constitucionales pueden brotar en cualquier ordenamiento fundamental porque los constituyentes no pueden prever las normas programáticas, insertas en los Textos Fundamentales, a veces se deben a los deseos de grupos parlamentarios que logran insertarlas en la Constitución, sea para satisfacer sus convicciones políticas o socio económicas o esperando su aplicación si cuentan con mayoría suficiente.

No hay que olvidar que puedan darse casos sorprendentes de *normas constitucionales que sean inconstitucionales*.

¿Es esto posible? Esta cuestión la analizaré en otro próximo trabajo.

Por otro lado se replantea la cuestión de cuál es la mejor forma de gobierno que arranca desde la antigüedad grecorromana a nuestros días. Aunque parezca esta cuestión obsoleta y si no yerro se entremezclan elementos éticos, políticos, económicos, sociopolíticos y jurídicos. Conviene añadir que la mejor y más conveniente forma para un pueblo, depende de sus antecedentes históricos, de la mentalidad de sus gobernantes y gobernados, de sus condicionamientos económicos y hasta del talante de sus pueblos. ¿Es posible transplantar la Constitución

británica a un país tercermundista? Sería necesario que contara con su tradición histórica, su clima, sus costumbres, su género de vida, etcétera.

5. ¿En qué medida los conceptos: *Tener*, *Estar* y *Contar* con Constitución son criterios ideológicos? ¿Es decir implican una posición política partidista?

1) ¿*Liberal*, *socialista*, *democrristiana*?

Ante todo, me interesa aclarar que no me adhiero a ninguna de esas tendencias político-sociales. Tal vez es una ponderada síntesis entre ellas. Cuando me sirvo de los conceptos de *Tener*, *Estar* y *Contar* con la Constitución intento seguir una posición intermedia que sirva de síntesis de cuanto escribo.

Ante todo, y sin intención proselitista mi concepción del mundo y de la vida se ajusta a mi firme creencia católica respetando a quienes no la profesen.

Fui miembro del Partido Socialista Popular fundado por mi maestro Enrique Tierno Galván, hasta que se adhirió al Partido Socialista Obrero Español.

Recuerdo con nostalgia, mi modesta participación en la actividad del P.S.P. en las primeras elecciones. Tierno me encargó que redactase alguna propuesta al Texto Constitucional que se estaba elaborando. Reunido con varios colegas del Partido, entre ellos Raúl Morodo, redactamos el Preámbulo de la Constitución que fue defendido en el Congreso de los Diputados por Tierno Galván, el día 5 de mayo de 1978. Fue aprobado y figura en la Constitución.

El *tener* Constitución es un paso importante para estar en ella. Existe así, una correspondencia armónica, permanente y admitida por el Pueblo. Tampoco se trata de estimar más a una faceta de *tenerla* además de *estar* en ella. Así, pues, tanto *tenerla* y respetarla como mantenerla armoniosamente durante mucho tiempo apoyada por la ciudadanía es importante.

2) La cuestión acerca de cuál es preferible, a saber. ¿*Tener* Constitución o *estar* en ella? Considero que son las dos. En efecto, el *tener* una Carta Fundamental es un paso adelante capital. *Estar* en ella es su culminación. Dicho de otro modo se empieza por tenerla y se acaba por mantenerla. Insisto que Gran Bretaña es una excepción.

Dicho de otro modo, cuando se *tiene* una Constitución su culminación es *estar* en ella. Son dos afirmaciones coherentes. Cuando falta una de ellas sufren sus destinatarios. Cuando se afrontan es una afirmación tal vez insistente y acaso banal pero la considero necesaria.

3) «La cuestión que podría plantearme es esta: «sin duda en España tenemos Constitución pero ¿estamos en ella?»

Es un interrogante difícil de contestar en la media que se me obliga a adoptar una posición como ciudadano que votará en las próximas elecciones generales. Por supuesto que expondré mi posición con varios interrogantes, sin áni-

mo de complacer y o irritar a los dos partidos mayoritarios que se afanan por obtener un éxito suficiente para gobernar con comodidad. Veamos.

Algunas encuestas dan un éxito a los seguidores del partido que en estos momentos gobierna. Otros anuncian un empate entre ellos.

¿Decisivo o insuficiente? Cualquier suceso importante puede beneficiar al Gobierno actual o perjudicarlo y al revés. ¿Cabría una colaboración entre ellos? ¿Sería suficiente que otros partidos intermedios podrían en el futuro inminente favorecer a uno u a otro? ¿Cuánto tiempo podría durar esa colaboración?

Mi voto es secreto como el de todos los ciudadanos. Aparte de que no es aplicado a ninguno de los partidos políticos de nuestro país que coincidan sobre las cuestiones capitales tanto en la política nacional como en el exterior, en la enseñanza, en la política económica, en las relaciones con las naciones extranjeras, en la lucha contra el terrorismo. Sin olvidar en la política exterior. El Gobierno y la Oposición no coinciden en estas cuestiones.

Se percibe una dura y constante agresividad por mantenerse, o lograr el poder en las próximas elecciones. Tampoco hay que olvidar las posiciones contrapuestas sobre las medidas a adoptar contra el terrorismo: ¿Negociación con los terroristas?

6. La bibliografía sobre el concepto, clases, contenidos y desarrollo histórico del Derecho constitucional escrito y codificado o no como el de Gran Bretaña es oceánica. El influjo ideológico en todos los tratados y monografías también. No solo los juristas. También los historiadores y los sociólogos se han ocupado con aportaciones interesantes. La correlación entre los autores de cada una de dichas contribuciones no es extraña. Las referencias a textos, monografías y análisis constitucionales son frecuentes entre los especialistas de otras disciplinas. No hay que olvidar las diversas tendencias históricas, filosóficas, sociológicas y politológicas.

No insistiré en que mi tesis sobre *tener, estar y contar* con la Constitución no es, por supuesto, un eslogan profesional, es una afirmación elemental que manifiesta quienes ejercen su derecho cívico y obligatorio. Es evidente que los ciudadanos votarán por el partido o coalición que coincida con sus ideas o pretensiones que les interesan. Que otros se abstienen porque no les convencen sus ideologías o interés pero incumplen con un deber cívico.

7. Es evidente que mi distinción entre *Tener, Estar y Contar* con Constitución no es una afirmación política en sentido partidista. Versa sobre una posición intelectual en este caso *profesional* con sus ventajas y defectos. Salvo el caso de Inglaterra explica que un País puede tener Constitución pero no *Estar* en ella. No sostengo que sea, mejor o peor, una afirmación u otra sino su concordancia.

Una Nación *tiene* una Constitución y además cuenta con que se cumpla y respete, cualquiera que sea su régimen político.

CONSIDERACIÓN FINAL

Al terminar mi disertación me interesa insistir en que no basta con *tener, estar* y *contar* con Constitución porque el último puede ser incompleto o no constante. Por eso, es también indispensable que las dos anteriores se mantengan amparándose en el *contar* con ella siempre respetando su contenido esencial.

Por último, sería conveniente que en las inminentes elecciones legislativas y cualquiera que sea la coalición política que llegue a gobernar, se esforzara en tener presente los tres elementos que he señalado para la interpretación y cumplimiento de nuestra Carta Magna.

Title

TO HAVE AND TO BE INTO CONSTITUTION

RESUMEN

En este trabajo se analizan las diferencias existentes entre el «tener» una Constitución y el «estar» en Constitución. Y la cuestión acerca de cual es preferible, a saber. ¿Tener Constitución o estar en ella? El autor considera que son las dos. En efecto, el tener una Carta Fundamental es un paso adelante capital. Estar en ella es su culminación. Dicho de otro modo se empieza por tenerla y se acaba por mantenerla. Gran Bretaña es una excepción. Dicho de otro modo, cuando se tiene una Constitución su culminación es estar en ella. Son dos afirmaciones coherentes. Cuando falta una de ellas sufren sus destinatarios. Desde esta perspectiva, la cuestión que el autor se plantea es la siguiente: «sin duda en España tenemos Constitución pero ¿estamos en ella?»

Abstract

The aim of this work is to analyze the differences between « have » a Constitution and « be » into a Constitution. Both perspectives are very important to the author. With the exception of the english case, usually all the societies begin for «having» a Constitution and they end for «being» into it. From this point of view, the author questions: «in Spain we have a Constitution, but are we into it?».

Palabras Clave

Sentimiento constitucional, lealtad constitucional, enemigos de la Constitución, Preámbulo constitucional

Key words

Constitutional feeling, constitutional loyalty, enemies of the Constitution, constitutional preamble.