

# EL TRÁNSITO DEL POSITIVISMO JURÍDICO AL POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

PEDRO DE VEGA GARCÍA  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad Complutense de Madrid*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el prólogo a la *«Teoría General del Estado»* califica Kelsen a la obra científica de JELLINEK como «el compendio perfecto» de la Teoría del Estado de los últimos años del siglo XIX y de los primeros del siglo XX. Con JELLINEK culmina, en efecto, la línea que iniciada por GERBER y LABAND, marcaría el hito más glorioso de la época del positivismo, capaz de oscurecer por sí misma y condenar al olvido y al silencio aportaciones tan importantes a la Teoría del Estado como fueron las de BORNHAK, REHM, RICHARD SCHMIDT, etc.

La *«Teoría General del Estado»* de JELLINEK marca sin duda el momento en el que por primera vez en la historia el Derecho Público adquiere una explicación sistemática. Frente al *espíritu exegético* y el comentario *legalista* que presidieron la mayoría de los trabajos de Derecho Público de la pasada centuria (CHAUVEAU, SERRINGNY, CABANTOUS, RONNE, SCHULZE, etc.) y que llevaron a notables administrativistas franceses a reducir el Derecho Administrativo al comentario de las leyes administrativas y la jurisprudencia del Consejo de Estado, y frente a la tendencia contraria a considerar las cuestiones de derecho público como cuestiones filosóficas, sociológicas, históricas y, en cualquier caso, metajurídicas (que aparece en las obras de VON MOHL, BLUNTSCHLI, ROSLER, VON STEIN, GUMLOWICZ, etc.), se presentaba la *«Teoría General del Estado»* de JELLINEK, en los albores del siglo XX, como el prometedor horizonte que abría definitivamente el camino a una Doc-

trina Jurídica del Estado y a una vertebración lógica y sistemática del Derecho Constitucional.

Los esfuerzos teóricos de la Escuela Histórica, con SAVIGNY a la cabeza, y en general de toda la pandectística germánica, que habían permitido llevar a cabo la majestuosa construcción de la dogmática del derecho privado, quedaban definitivamente reflejados en la obra de JELLINEK, asumida como referente y modelo inexorable a seguir para operar una similar elaboración de una dogmática del Derecho Público. En Italia sería ORLANDO, el jurista sin duda más importante de ese país en el siglo XX, quien en sus *«Criterios teóricos para la reconstrucción del Derecho Público»*, pondría claramente de manifiesto una especie de veneración reverencial por la aportación de JELLINEK. A su vez, las Teorías del Estado de la gran dogmática francesa de entre-guerras, simbolizada en nombres tan significativos como ESMEIN, CARRÉ DE MALBERG, DUGUIT, HAURIOU, etc., de una u otra suerte se reconocerían tributarias del gran jurista alemán. Hasta el punto que bien se puede afirmar que la línea del positivismo jurídico iniciada por GERBER, continuada por LABAND y definitivamente consagrada por JELLINEK, enmarca y define la atmósfera intelectual del Derecho Público Europeo cuando menos en el primer cuarto del siglo XX.

Ocurre, sin embargo, que esa grandiosa y esperanzadora primera construcción sistemática del Derecho Público fue también, y aunque resulte paradójico, en cierta medida la última. Ha conocido la centuria que ahora termina convulsiones sin límite, avatares tremendos y cataclismos suficientes para poner a prueba en el plano de la realidad el valor y el alcance siempre limitado de las especulaciones teóricas. Las negaciones, por un lado, de los totalitarismos marxistas y fascistas de los supuestos estructurales del Estado Liberal, y, por otro, las obligadas transformaciones a las que por exigencias de justicia social se vio sometida la estructura del Estado Constitucional clásico, determinaron que la magnífica elaboración teórica de la dogmática del Derecho Público mostrara por doquier sus contradicciones y limitaciones.

Había partido el positivismo jurídico de finales del siglo XIX de la antidualéctica creencia de la consideración de los fenómenos históricos, sociales y políticos como fenómenos naturales. Lo que en definitiva le condujo a la convicción de que de igual manera que en la ciencia natural cabe dar leyes universales y generales, válidas para todos los tiempos y lugares, también en el ámbito del Derecho, de la Política, y del Estado era posible vertebrar un sistema de validez universal. Olvidando las corrientes neohegelianas que entonces operaban en Alemania, y desconociendo la coetánea polémica de las ciencias (entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura) protagonizada por RICKERT, WINDELBAND, DILTHEY, XENOPOL, etc., prefirieron los grandes dogmáticos alemanes del Derecho Público apelar a las premisas anti-hegelianas de un STAHL, o del SCHELLING de la *«Filosofía de la Revelación»*, pretendiendo desde ellas construir un sistema que al margen de la realidad y de la historia tuviera vocación de eternidad.

Lo de menos es denunciar ahora si esa construcción era la ideología más propicia para la defensa de los intereses conservadores de la restauración alemana. Lo que importa tan sólo constatar es cómo el alejamiento de la realidad y de la

historia sería el que se vería luego fuertemente contestado en Alemania y en los demás países por la propia realidad y por la propia historia. Las seguridades sistemáticas iniciales del positivismo jurídico se transformaron así en inseguridades radicales posteriormente. Hasta el punto que bien se puede sostener con RIPPERT (*«Le Déclin du Droit»*) que el siglo XX es el siglo de los ocasos: el ocaso del Derecho, el ocaso del Estado, el ocaso de las grandes creencias y el ocaso de las ideologías (BELL).

Sería, sin embargo, en el campo del Derecho Público en el que, como ya advirtiera RAVA (*«Crisi del diritto e crisi mondiale»*): «por ser el campo más vinculado e inmediato a los fenómenos y transformaciones sociales y políticas, la crisis se manifestase en proporciones más alarmantes». Pretender en estas circunstancias sintetizar coherentemente las vicisitudes por las que ha atravesado el pensamiento constitucional de nuestro siglo constituiría una operación históricamente incorrecta e intelectualmente imposible. Me explico.

Resultaría históricamente incorrecto aspirar a reconstruir una línea argumental de carácter teórico que, iniciada en JELLINEK, llegara hasta nuestros días, por la simplísima y elemental 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. A su modo, de él se sirvieron importantes juristas de los Estados Totalitarios fascistas (HUBER, KOLLREUTTER, LIERMANN, H. J. WOLFF, VON KOHLER, PANUNZIO, CHIARELLI, SINAGRA, etc.) como, con una u otras variantes y con mayor o menor incidencia, sigue operando en muchos aspectos de la doctrina del Derecho Público actual. Recientemente ha puesto de relieve BALDASARRE (*«Constitución y Teoría de los valores»*) con acierto, estupor y extrañeza, la vinculación de importantes constitucionalistas italianos de la posguerra (MORTATI, ESPÓSITO, CRISAFULLI) a muchos de los supuestos y prejuicios de la vieja dogmática elaborada en los comienzos de siglo.

El hecho de la pervivencia de esa dogmática empieza, no obstante, 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. Es en este sentido en el que hay que entender la afirmación de que hacer la historia de la Teoría Constitucional constituye una operación incorrecta. No se puede hacer ni se debe hacer la historia de un pensamiento que consciente o inconscientemente comienza negando su propia historicidad.

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 FRANCISCI (*Discorsi ai guiristi italiani*)— nueva dogmática», y siguiendo su consejo los juristas del totalitarismo fascista (COSTAMAGNA en *«Elementi di diritto pubblico fascista»*; CHIARELLI, *«Lo Stato corporativo»*; VOLPICELLI, *«Corporativismo e problemi fondamentali di teoria generale del Diritto»*; HOHN, *«Der indivi-*

*dualistische Staatsbegriff*; HUBER, «*Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches*»..., etc.), y los juristas del totalitarismo comunista (STUCKA, PASUKANIS, VYSINSKIJ, STROGOVIC, ... etc.) 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. 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 Constitucional.

Preside la evolución política y constitucional del siglo XX una serie de singulares paradojas que no se pueden ni se deben desconocer. A nadie se oculta que las incipientes formulaciones del Derecho Constitucional Liberal se han visto enriquecidas por los contenidos y valores del Estado Social, al tiempo que el rico arsenal de medidas y controles del poder colocan al Derecho Constitucional en el presente en un lugar preeminente de las ciencias jurídicas y del que cabe predicar su conversión en suprema técnica de la libertad. Negar en estas condiciones la historia, el desarrollo y el progreso del constitucionalismo equivaldría a negar una evidencia.

Ahora bien, la paradoja comienza en el momento en que esos prodigiosos avances y conquistas de la técnica constitucional se intentan explicar y comprender en la lógica integradora de un sistema. Es entonces cuando la doctrina constitucional, puesta a prueba consigo misma, comienza a mostrar sus debilidades y contradicciones. Las limitaciones e insuficiencias de la dogmática del Derecho Público de los inicios del siglo para dar razón cumplida y acabada del Estado Liberal, y que determinaron su crítica y su abandono por parte de los grandes juristas de la primera mitad de la centuria, son las mismas insuficiencias que aparecen en la dogmática de la segunda mitad, y que conducen a los juristas del presente a enfrentarse al patético dilema de ser o bien meros formuladores de técnicas jurídicas de un mundo histórico social cuyo sentido y finalidad última se ignora, o bien solitarios portavoces de construcciones constitucionales perdidas en el individualismo y la singularidad.

Se comprende de esta forma la afirmación que antes me atreví a formular al establecer que, si realizar una historia de la doctrina constitucional del siglo XX constituiría una operación históricamente incorrecta, en la medida en que se trata de una doctrina negadora de los presupuestos de la historicidad, desde el punto de vista intelectual, representa un ejercicio imposible e inexorablemente condenado al más estrepitoso de los fracasos. Ha conocido ciertamente el siglo XX una pléyade ilustre y numerosa de preclaros juristas y constitucionalistas, difícilmente encuadrables en los marcos de la disciplina del pensamiento único que impone la dogmática de las escuelas, y que haría muy difícil por no decir imposible la reconstrucción de líneas de pensamiento unitario.

Cabe, no obstante, presentar la evolución de la doctrina constitucional del siglo que ahora termina, intentando insertar los grandes problemas ante los que esa doctrina ha tenido irremediablemente que enfrentarse en tres momentos diferentes y que, convencionalmente, como etapas culturales objetivables, podríamos calificar, en primer término, como etapa del positivismo jurídico, en segundo

lugar, como etapa del positivismo sociológico y, por último, como etapa del positivismo jurisprudencial.

## 2. LA ETAPA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Al hablar, en los términos convencionales en los que pretendemos hacerlo, de una etapa del positivismo jurídico, se impone una obligada clarificación inicial. Ni históricamente puede constreñirse esa etapa a unos límites temporales precisos, ni conceptual y temáticamente puede restringirse tampoco, como ha sido lo más usual, a la línea de razonamientos que iniciada por GERBER en su *«Teoría del Estado»* y por LABAND en su *«Derecho Público del Imperio Alemán»*, adquiriría la culminación sistemática en la *«Teoría General del Estado»* de JELLINEK. Como es bien sabido, y como antes indicábamos, muchos de los presupuestos y dogmas del positivismo seguirían presentes en construcciones jurídicas posteriores que, incluso, no dudaron en proclamar contradictoriamente su antipositivismo. El dogma de la personalidad jurídica del Estado resulta a este respecto singularmente paradigmático (BATTAGLIA, *«El dogma de la personalidad jurídica del Estado»*).

Por otra parte, que la línea iniciada brillantemente por GERBER, LABAND y JELLINEK, y que luego obtendría en el formalismo kelseniano la máxima y definitiva depuración conceptual, fuera la más importante, no significa en modo alguno que fuera la única. En las filas del positivismo jurídico militaron también otros insignes tratadistas que erigieron auténticos monumentos en la historia de la cultura jurídica y política. Baste recordar los nombres de un Félix SOMLO (*«Juristische Grundlehre»*), de un BERGBOHM (*«Jurisprudenz und Rechtsphilosophie»*), de un Merkel (*«Juristische Enzyklopaedie»*), de un BIERLING (*«Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe»*), etc.

Tomando como punto de partida la inexorable depuración metodológica de los elementos políticos, sociales, históricos y filosóficos que habían condicionado hasta entonces la exposición de la Teoría del Estado, aspiró el positivismo a la construcción de una Teoría del Estado forjada única y exclusivamente desde el razonamiento jurídico. Para cumplir ese objetivo fue Paul LABAND (un antiguo profesor de Derecho Civil y Derecho Mercantil) quien, como buen conocedor de las categorías y los dogmas elaborados por la pandectística en la órbita del derecho privado, pretendió trasladar sin mayores esfuerzos esos mismos dogmas, en cuanto categorías de una teoría general del derecho, al ámbito del derecho público. La teoría privatista del negocio jurídico, por ejemplo, adquirió de esta suerte súbita e inesperadamente unas nuevas dimensiones desde las que se pasaba a explicar en términos jurídicos, nada más y nada menos, que el patético dilema entre autoridad y libertad, entre el poder y la sumisión, sobre el que a fin de cuentas había girado desde siempre toda la historia del pensamiento político.

Ni que decir tiene que tan singular operación de taumaturgia jurídica y política exigía el reconocimiento previo de la personalidad del Estado, que pasó a ser así «la piedra miliar y el fundamento de todo el derecho público en la concepción positivista» (BATTAGLIA).

Lo de menos es discutir ahora los criterios justificadores de la personalidad jurídica del Estado, sobre los que ya LABAND polemizó con GIERKE, y que abrieron una de las grandes discusiones teóricas que recorrieron el derecho público del siglo XX. En última instancia, y a efectos de lo que ahora nos interesa, que el Estado se conciba como una personalidad real (*reale Gesamtpersonlichkeit*), o como un ente jurídico de ficción no pasa de ser un problema menor. Lo que importa es constatar tan sólo que admitida la personalidad jurídica del Estado, el Estado, en cuanto persona jurídica, podía interpretarse ya como sujeto de derechos y deberes capaz de entrar en relaciones jurídicas con los ciudadanos, titulares, a su vez, de obligaciones y derechos recíprocos con relación al Estado.

No se planteó LABAND, o al menos no se lo planteó con el rigor y el sentido con el que lo hiciera JELLINEK, la asimetría incontestable de esa pretendida relación jurídica entre dos personas (el Estado y el ciudadano) en la que una de ellas aparece en una situación de preeminencia indiscutible. Como advirtiera JAVIER CONDE (*«Introducción al Derecho Político»*) «cabe efectivamente la posibilidad de reconocer la personalidad del Estado y su titularidad de derechos y deberes, pero en ese caso habrá que reconocer también que el Estado es un poder con mando, y como mandar equivale a imponer a otro la propia voluntad, como mandar es “*imperium*”, en sus relaciones jurídicas con los ciudadanos el Estado aparecerá siempre y por necesidad como un poder superior». El interrogante contra el que el positivismo jurídico topaba y que no podía dejar de responder no era, pues, otro que el de ¿cómo compaginar esa facultad de poder supremo que el Estado ostenta con la obligada aceptación y el debido cumplimiento por su parte de la normatividad jurídica que comporta siempre el buen funcionamiento de cualquier tipo de relaciones jurídicas?

Fue esa la gran cuestión a la que decididamente se enfrentó JELLINEK y en la que se terminaron enmarcando las posibilidades y los límites de toda la construcción positivista.

Aunque JELLINEK admitiera la existencia de una teoría sociológica del Estado —lo que implicaba no negar la historicidad de la realidad estatal—, y aunque reconociera igualmente «*el poder normativo de lo fáctico*» —lo que suponía proclamar la capacidad impulsora de la realidad social para promover la creación del derecho—, es lo cierto que, siguiendo las premisas establecidas por LABAND, y fiel a la ortodoxia del positivismo jurídico, su objetivo no era otro que el de establecer y fundamentar una teoría jurídica del Estado.

Consecuentemente con esas premisas su razonamiento se asentaría en tres postulados fundamentales. En primer lugar, en el de la positividad del derecho, que se traducía en el no reconocimiento de otro tipo de normas ajenas a las del derecho positivo. En segundo término, en la asignación al Estado del monopolio de la legislación, lo que equivalía a convertirlo en la única instancia capaz de declarar lo que es derecho y lo que no lo es, de donde surgiría la noción de potestad estatal (*Herrschaftsgewalt*); y, por último, en la consagración del dogma de la personalidad jurídica del Estado, en cuya virtud, por ser persona jurídica, el Estado no sólo es pensable como sujeto de derechos y obligaciones capaz de entrar en relaciones jurídicas con los ciudadanos, sino que, además, sería a él al que

habría que otorgarle aquella suprema capacidad de dominio que BODINO consagrara con el nombre de soberanía. La soberanía en cuanto expresión del máximo poder, del *dominium* absoluto, terminaba atribuyéndose de este modo al propio Estado en cuanto persona jurídica.

Y hé aquí la cuestión: Ante una persona jurídica dotada de la fuerza dominadora implícita en la idea de *imperium* (*Herrschaft*) ¿qué sentido tiene hablar de un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos que forzosamente –como advirtiera CARRÉ DE MALBERG– quedan relegados, por la simple naturaleza de las cosas, a la condición de súbditos? Un gran admirador de JELLINEK, como fue ORLANDO, plantearía el problema en todo su dramatismo con las siguientes palabras: «al presuponer que el derecho condiciona la misma legitimidad del mando del Estado, y a la inversa, al ser el propio Estado el que declara, sin otra posibilidad, lo que es derecho, éste pierde efectivamente el valor de una norma superior al Estado capaz de someterlo, ya que la no observación de la norma misma por parte del Estado no sería más que una legal modificación del derecho». Para resolver el problema sólo se ofrecían dos posibilidades: o reconocer un derecho superior al Estado, con lo que JELLINEK tendría que traicionar sus puntos de partida, dando entrada en el sistema a principios de derecho natural, o renunciar a la posibilidad de someter al Estado a las reglas del derecho como si se tratara de un particular. Sin embargo, como arguyera ORLANDO, haciéndose partícipe entusiasta de los planteamientos de JELLINEK, en la *Introducción* que escribió en 1912 a la versión italiana del «*Sistema de Derechos Públicos subjetivos*», ante ese patético dilema ni se podía admitir la existencia de un derecho superior y ajeno al Estado, ni se podía renunciar tampoco a la posibilidad de someter el comportamiento estatal a la normatividad jurídica.

Como salida a una contradicción aparentemente insalvable es entonces cuando JELLINEK formula su conocida *teoría de la autolimitación del Estado*. El Estado que dispone de la facultad de *imperium* (*Herrschaft*), en el ejercicio de esa soberanía, y de su potestad de autodeterminación, puede también autolimitarse. El que a sí mismo se determina, a sí mismo se limita. Con lo cual, sería en esa operación suprema de autolimitación en la que el Estado acabaría encontrando su definitiva identificación y significación jurídica. «El Estado –diría ORLANDO– se impone a sí mismo el freno de las normas jurídicas capaces de contener la acción de la autoridad pública de manera que sean reconocidos y respetados los intereses legítimos de los súbditos».

Es precisamente ante un Estado que, en virtud de la autolimitación decide someterse a relaciones jurídicas en plano de igualdad con los individuos, donde se abría la posibilidad de comenzar a pensar en la creación de una doctrina jurídica de los derechos fundamentales. A JELLINEK debemos la noción de Derechos Públicos Subjetivos con la que se inicia el camino para el tratamiento de éstos como facultades capaces de actuar pretensiones en el marco de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y el Estado.

No hace al caso proceder al análisis de los cuatro *status* –*status subjectionis* (esfera de deberes), *status libertatis* (esfera de la libertad individual), *status civitatis* (derechos civiles) y *status activae civitatis* (derechos políticos)– desde los que

JELLINEK explica su sistema de derechos. Más importante es recordar que adquiriendo en JELLINEK la dogmática del derecho público su momento de máximo esplendor con la configuración de un sistema de derechos, sería en la formulación del gran jurista de Heidelberg donde el positivismo jurídico iba paradójicamente a mostrar al mismo tiempo sus debilidades y limitaciones más importantes.

Por exigencias de la propia dogmática positivista, al presentarse los derechos subjetivos como meros reflejos (*reflexwirkungen*) de los derechos objetivos proclamados y reconocidos por el Estado, la misma noción de derechos públicos subjetivos nacía definitivamente mutilada. Como simples reflejos del derecho objetivo, los derechos públicos subjetivos dejaban de ser entidades autónomas que el Estado, en cualquier caso, debería respetar, tal y como fueron entendidos en los procesos revolucionarios burgueses, para convertirse en entidades dependientes de la propia voluntad estatal que no sólo aparece como instancia que los reconoce y los crea, sino que, además, pasa a ser su único garante y protector en nombre de una vacilante y poco convincente teoría de la autolimitación.

Asumido el principio de autolimitación del Estado como presupuesto inexcusable de toda la construcción positivista, y teniendo en cuenta que de igual manera que el Estado decide limitarse bien pudiera decidir lo contrario, encontrar un criterio justificador de ese principio pasaba a ser, como el propio JELLINEK reconoce en «*Gesetz und Verordnung*», la primordial y básica tarea de la ciencia del Derecho Público. Pero es entonces, cuando abandonando los razonamientos jurídicos y apelando a los conceptos de auto-obligación y deber de la ética kantiana, se verá obligado a situar en ellos la fundamentación última de todo el sistema. «No se puede negar –dirá JELLINEK– la autolimitación del Estado porque no se puede negar la ética y el concepto de deber. Proceder de otra manera sería caer en un nihilismo que haría imposible no sólo una teoría del derecho público, sino toda ciencia de la colectividad».

Es contra esa apelación a la ética kantiana, por la introducción que implicaba de elementos metajurídicos y espúrios en un sistema fundado justamente en la pureza metodológica, contra la que se levantarían las críticas del holandés KRABBE y, sobre todo, de KELSEN.

Con KRABBE, la tensión entre poder y derecho quedaría definitivamente zanjada en la medida en que la categoría poder se subsume en la categoría derecho. Su tesis es bien simple y aparece perfectamente resumida en el título de su obra más importante: «*La teoría de la soberanía del Derecho*». «Ya no vivimos bajo el dominio –escribía KRABBE– de personas, sean éstas naturales o construidas jurídicamente, sino bajo el imperio de las normas, fuerzas espirituales en las que se refleja la idea de Estado».

Es claro que la equiparación de las ideas de poder y derecho, y el incipiente desarrollo de una concepción formalista del derecho toma en el jurista holandés una dimensión más simbólica que científica, en cuanto representa el precedente más significativo de la notable aportación kelseniana. No en vano su libro aparece cinco años antes que los «*Hauptprobleme*» de KELSEN.

La gran construcción teórica del formalismo jurídico, en la que el positivismo adquiere su máximo esplendor es obra, como es sabido, del vienés KELSEN, el mayor jurista, sin duda, del siglo XX.

No podría entenderse cumplidamente la obra de Kelsen olvidando la continua revisión crítica que en la misma subyace de los postulados del positivismo jurídico de la dogmática clásica del Derecho Público. Es en este sentido, en el que el formalismo kelseniano representa la coronación del positivismo y, en cierta medida, el final del mismo. Si en los *«Hauptprobleme»* arremete ya contra la noción del Estado-persona como supuesto medular de la vieja sistemática, en *«Gott und Staat»*, abriría nuevos horizontes a una problemática que las *Teorías generales del Estado* anteriores no supieron o no quisieron plantear.

No es, por lo tanto, al Kelsen de *«La Teoría pura del derecho»*, ni al Kelsen de *«La Teoría del Estado»* al que ahora interesa hacer referencia, sino al Kelsen que en diálogo con otras corrientes del positivismo, pone de manifiesto las debilidades y contradicciones de éstas.

Celoso de la pureza metodológica realiza Kelsen un esfuerzo gigantesco por eliminar de la teoría del Derecho y del Estado toda clase de impurezas políticas, ideológicas, sociales y, en definitiva, metajurídicas. Aparece así el Derecho, en cuanto normatividad positiva, como el único referente válido para el jurista. Lo que significa, que los dualismos con los que había operado la teoría jurídica y política precedente, expresados en las distinciones entre derecho objetivo y derecho subjetivo, derecho público y derecho privado, Estado y Derecho, etc., dejaban de tener sentido. Como ha escrito RECASENS SICHES (*«El pensamiento jurídico en el siglo XX»*): «la palabra Estado es para Kelsen la expresión personificada del orden jurídico total... Estado y Derecho aparecen así como dos términos que, por denotar un mismo objeto, acaban confundándose. ...En suma, el Estado es la expresión conceptual de la unidad del orden jurídico».

Sobre los fundamentos de la teoría pura del derecho edificaría Kelsen una Teoría del Estado estrictamente jurídica, depurada de elementos valorativos y cuyos problemas fundamentales terminarían girando en torno a la producción y la validez o vigencia del orden jurídico. Es contra ese formalismo avalorativo, más que contra la impresionante lógica argumental de su razonamiento, contra el que se levantaron las más importantes críticas y que Kelsen reconoce en el prólogo de su *«Teoría pura del Derecho»*. «Algunos —escribe Kelsen— declaran con desprecio que la teoría pura no tiene ningún valor, pues se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. ...Otros, sin embargo, la acusan de expresar una filosofía particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas se vincula con el liberalismo democrático, para los liberales y socialistas abre el camino al fascismo, para los comunistas es una ideología inspirada en el estatalismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolchevismo grosero. ...En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría Pura del Derecho. Esta es la prueba... de que ha sabido conservar su carácter de teoría pura».

Ocurre, sin embargo, que a pesar de la asepsia valorativa, proclamada tan solemnemente por Kelsen, la superación que su obra implicaba de los postulados del viejo positivismo, no dejó por fortuna de tener importantes y significativas consecuencias políticas. Sus embates a la noción de personalidad jurídica del Estado, consciente o inconscientemente, sirvieron para desmontar los mitos de un Estado

de Derecho (*Rechtsstaat*) que bajo la socorrida fórmula de conferir la soberanía al Estado como persona jurídica, había permitido ocultar la más absoluta negación del principio democrático, fundamento y base de toda la construcción del Estado Constitucional. Con razón pudo ser proclamado LABAND el jurista del autoritarismo y del Imperio.

Para no dejar reducida la personalidad estatal a una mera abstracción jurídica, la dogmática del derecho público conectó casi siempre la idea de personalidad estatal con la idea de pueblo. «El pueblo —diría JELLINEK— al adquirir unidad real en el Estado fundamenta la personalidad jurídica de éste». Ahora bien, la unidad decisoria que implicaba la idea del Estado-persona como titular del poder soberano, requería consecuentemente el entendimiento del pueblo como una unidad monolítica. Con lo cual se generaría el más escandaloso y peregrino concepto de Estado representativo, que dejaba de ser, como lo había concebido GNEIST en su «*Der Rechtsstaat*», el moderador de los intereses discordantes que se contraponen y luchan en el seno de la sociedad, para pasar a convertirse en el Estado unificador de la idea de pueblo. Se establecía de este modo un concepto de pueblo abstracto, sin conflictos y sin luchas internas y que, por supuesto, en la realidad no existía. La resultante final no podía ser otra, como dijera Fernando DE LOS RÍOS, que la forja igualmente de un concepto de Estado categórico y no histórico, metafísico y no terrenal. Pero de igual manera que el entendimiento romántico e idealista del pueblo chocaba con una sociedad fraccionada por múltiples tensiones, el Estado metafísico del positivismo se tradujo en la práctica en numerosas manifestaciones represivas y autoritarias que hacían buena la caústica afirmación de MARX, pronunciada bastantes años antes, y según la cual, «no era que el pueblo alemán poseyera un Estado, sino que el Estado alemán poseía a un pueblo».

No fue, por supuesto, Kelsen ajeno ni ignorante de estas contradicciones históricas a las que por necesidad se veía abocada la vieja dogmática, y es a ellas a las que intenta dar respuesta en «*Gott und Staat*», y sobre todo, en su conocido libro «*Valor y esencia de la democracia*», con los que abre una nueva trayectoria, por extraño que parezca, al pensamiento constitucional. La razón es muy sencilla. La formulación de la doctrina de la democracia como método implicaba el reconocimiento de la existencia de una sociedad con intereses plurales y contradictorios. En estas circunstancias, frente a la doctrina de la soberanía del Estado-persona, la primacía que Kelsen otorga al momento normativo frente al momento decisorio y que le conduce a proclamar, como hizo KRABBE, la soberanía del derecho, es lo que le permitirá también proceder a la sustitución de la *Staatslehre* (la Teoría del Estado) por la *Verfassungslehre* (la Teoría de la Constitución).

Se había refugiado el positivismo jurídico en una Teoría General del Estado abstracta e intemporal que le había permitido, por una parte, ocultar los grandes problemas políticos y sociales de la realidad histórica, y, por otra, prescindir de la lógica del Estado Constitucional tal y como fue planteada en los procesos revolucionarios burgueses. De alguna manera lo que hace Kelsen es reaccionar contra ese doble abandono. Es verdad que su teoría pura del Derecho y del Estado sigue presentándose en términos de abstracción y atemporalidad, y que su concepción de la democracia como método y como respeto de las reglas de juego de los dis-

tintos intereses sociales, continúa apareciendo como una doctrina avalorativa y neutral. Pero no lo es menos que sus rectificaciones a la lógica jurídica del positivismo clásico (con la crítica, por ejemplo, a la distinción entre ley formal y material), y la eliminación arbitraria de las identidades entre pueblo y Estado, le iban a permitir convertirse en pionero y protagonista de ese singular cambio histórico que supuso el paso de *la razón de Estado* a *la razón de Constitución* (MIRANDA).

Se comprende así la afirmación que realizábamos al principio, según la cual la culminación teórica del positivismo, en ese grandioso monumento histórico que supone el formalismo kelseniano, iba a representar el inicio de su inexorable final. Las objeciones formuladas por KELSEN a la obra de JELLINEK determinarían que la formidable expansión que ésta tuvo en el resto de Europa no fuera una expansión acrítica. Salvo casos excepcionales como los que pueden representar en Italia un ORLANDO (*-Criterios técnicos para la reconstrucción del Derecho Público-*) o en Francia un CARRÉ DE MALBERG (*-Teoría General del Estado-*), los dogmas creados por el derecho público germánico se vieron sometidos por doquier a importantes procesos de revisión crítica. Procesos que adquirieron singular relevancia en la época de Weimar, como ha descrito con acierto LUCAS VERDÚ (*-La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar-*), y que marcan el tránsito de la etapa del positivismo jurídico al positivismo sociológico.

### 3. LA ETAPA DEL POSITIVISMO SOCIOLÓGICO

Frente a las formulaciones del positivismo jurídico que terminaron convirtiendo al Estado en una realidad metafísica y a la Constitución en una entidad simbólica, los acontecimientos que condicionaron la aparición de la República de Weimar, obligarían a unos nuevos planteamientos de la teoría política y constitucional, presididos todos ellos por el convencimiento y la necesidad de recuperar la realidad histórica. Lo que significa que la discusión abstracta y atemporal sobre los problemas del Estado y del Derecho en general, se transformaría en la disputa y controversia permanente sobre los problemas concretos que presentaba la democracia liberal y el Estado Constitucional. Es en esa atmósfera de tensiones ideológicas en la que la problemática jurídica cede el paso a la problemática política, y en la que, frente al positivismo jurídico, bien cabe hablar de la aparición de un positivismo sociológico que, proclamando el valor supremo de la realidad, relega a un segundo plano el ámbito de las consideraciones jurídicas.

A efectos de poder encuadrar mínimamente el abigarrado complejo de aportaciones doctrinales a la teoría constitucional que se producen en ese período que convencionalmente llamamos de positivismo sociológico, que se inicia con la publicación de la Constitución de Weimar en 1919, y que terminaría con la aparición del nuevo constitucionalismo que surge tras la segunda guerra mundial, acaso el único procedimiento correcto sea el de comenzar la exposición partiendo de las actitudes que inicialmente se adoptan ante la propia democracia liberal. En este sentido, la línea divisoria entre un pensamiento político democrático y un pensamiento político antidemocrático constituye un inexorable punto de partida.

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. Sin embargo, una mínima referencia a los mismos se hace necesaria por un doble orden de razones: en primer lugar, porque –sobre todo el totalitarismo fascista– aspiró a incorporar e integrar en su seno algunos elementos y postulados elaborados en la tradición liberal, y, en segundo término, porque a las críticas que desde la óptica totalitaria se realizaron a instituciones y procesos de la concepción democrática y liberal, respondieron a veces los juristas demócratas dando lugar a controversias que generaron momentos luminosos y definitivamente clarificadores de cuestiones capitales de la problemática constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la polémica que SCHMITT (*«La situación histórico-espiritual del actual parlamentarismo»*) mantuvo con THOMA (*«Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur»*) sobre el significado y el alcance de la institución parlamentaria, o la no menos memorable que el propio SCHMITT (*«La defensa de la Constitución»*) sostuvo contra Kelsen (*«Wer soll der Hüter der Verfassung sein?»*) sobre «quién debe ser el guardián de la Constitución».

El supuesto del totalitarismo marxista es, obviamente, diferente. Desde el entendimiento del Estado y del Derecho como meras superestructuras e instrumentos ideológicos de dominación de las clases explotadoras, una teoría del Estado y de la Constitución dejaba de tener sentido. Por eso, ni MARX, ni ENGELS realizaron nunca una Teoría del Estado. Lo único que hicieron fue la crítica del Estado burgués, condenado a desaparecer y verse sustituido por un tercer reino en el cual, como se decía en *La crítica del programa de Gotha*, «la sociedad podría escribir en su bandera: de cada cual según sus capacidades y a cada cual según sus necesidades».

Hasta la llegada, sin embargo, de ese tercer reino «en el que la simple administración de las cosas sustituiría a la política y al Estado», el triunfo de la revolución soviética obligó, a LENIN primero y a STALIN después, a construir una teoría marxista del Estado que MARX, por supuesto, no había realizado. Colocados al servicio del realismo socialista los juristas soviéticos inventarían sin dificultad y sin escrúpulos esa teoría. Los trabajos de un J. STUCKA (*«Las funciones revolucionarias del Derecho y del Estado»*), de un PASAKUNIS (*«La teoría general del Derecho y el marxismo»*), de un VYSINSKIJ (*«Problemas del Estado y del Derecho en Marx»*), o de un STROGOVIC (*«Sobre la metodología en el derecho marxista»*), constituyen la expresión más fehaciente de la degradación de unas ideas del Derecho y del Estado que, al margen de consideraciones políticas y de haber pasado a los archivos de la historia, por su simpleza y elementalidad no merecen, como dijera Kelsen (*«Teoría comunista del Derecho y del Estado»*), mayores consideraciones.

La situación es muy distinta en los totalitarismos fascistas que comienzan reivindicando el papel del Estado y construyendo un modelo de Estado diferente al Estado Constitucional Liberal. No se trata ahora de hacer la exposición de la doctrina de ese nuevo modelo de Estado. Lo que importa reseñar tan sólo es el hecho, puesto de relieve por Roger BONNARD (*«El Derecho y el Estado en la doctrina nacio-*

nal socialista»), de que ese nuevo Estado, configurado en Alemania bien como *Estado total* (ROSENBERG, «*Totaler Staat*»; FORSTHOFF, «*Der totale Staat*»), bien como *Estado autoritario* (WALZ, «*Volkstum, Recht und Staat*»; VOGELIN, «*Der autoritäre Staat*»), bien como simple *Estado nuevo* (JULIUS BINDER, «*System der Rechtsphilosophie*»), y en Italia como *Estado ético* (GENTILE, «*La filosofía del fascismo*»), *Estado fascista* (VOLPICELLI, «*Lo stato fascista*») y *Estado corporativo* (COSTAMAGNA, «*Lo Stato corporativo*»), desde la óptica de las concepciones jurídicas y constitucionales vivió en sus comienzos en una ambigüedad incontestable.

Tanto Hitler, que llegó al poder desde un pretendido proceso de respeto a la legalidad de la Constitución de Weimar, como Mussolini, que no rompió tampoco con el viejo Estatuto Albertino de 1848, condicionaron que su brutal crítica política a la democracia liberal no se tradujera en la sustitución inmediata de la institucionalización jurídico-constitucional que les permitió el acceso al poder. Lo que toleró la convivencia y, por qué no decirlo, la confusión ideológica de las doctrinas y dogmas de la Teoría del Estado anterior con las que imponían las nuevas realidades políticas. Sólo a raíz de la publicación en Italia de los trabajos de PANUNZIO («*Il sentimento dello Stato*» y «*Teoria generale dello Stato*») y de la aparición de la obra de V. SINAGRA («*Principii del nuovo diritto costituzionale italiano*»), se comenzó a construir una teoría del derecho y del Estado adecuadas al régimen fascista. Con la publicación de las obras de CHIMIENTI («*Diritto costituzionale fascista*»), COSTAMAGNA, CHIARELLI («*Lo Stato corporativo*»), etc., la crítica que en el plano ideológico-político el fascismo venía realizando al Estado liberal de Derecho, se transformó ya, y sin paliativos de ningún tipo, en crítica al proceso de conceptualización e institucionalización jurídica de dicho Estado. Hablar, a partir de ese momento, de teoría constitucional dejaría de tener sentido.

Ahora bien, habría que recordar que lo que en Italia tardó algún tiempo en producirse, en Alemania sucedió mucho más vertiginosamente. A fin de cuentas, el grito de DE FRANCISCI «a nueva realidad política, nueva dogmática», es el que protagoniza en Alemania Reinanhard HÖHN en 1934, poco después de la subida de Hitler al poder, con la publicación de «*Die Wandlung im Staatsrechtlichen Denken*», en donde formula el programa al que habría de ajustarse la nueva teoría del Estado y del derecho público. Fue ese programa, seguido con fidelidad escandalosa por notables juristas alemanes [KOLLREUTTER («*Deutsches Verfassungsrecht*»), JERUSALEM («*Der Staat*»), TATARIN TARHEYDEN («*Werdendes Staatsrecht*»), I. BINDER («*Der deutsche Volksstaat*»), H. KRÜGER («*Führer und Führung*»), etc.] el que hicieron suyo los constitucionalistas italianos y con el que se condenó definitivamente al silencio, en ambos países, al auténtico Derecho Constitucional.

Para proceder a la aniquilación del Derecho Constitucional, los totalitarismos fascistas supieron aprovechar y servirse con astucia de la atmósfera cultural y política de Weimar que representando sin duda, por un lado, el momento más lúcido de la discusión doctrinal del constitucionalismo moderno, constituyó, por otro, el punto crítico y negador más rotundo de las seguridades ofrecidas por la dogmática del positivismo jurídico clásico. Lo que permite comprender que fuera en la época de Weimar cuando surgieran tres grandes orientaciones doctrinales con reflejos más o menos importantes en el pensamiento constitucional posterior.

Aparece, de este modo, en primer lugar, la capitaneada por Hugo PREUSS, el jurista más influyente de la etapa constituyente de 1919, seguida por ANSCHUTZ y THOMA (*Handbuch des Deutschen Staatsrecht*), y continuada incluso después de la segunda guerra mundial por autores como MANGOLDT (*Das Bonner Grundgesetz*), NAWIASKI (*Allgemeine Staatslehre*), ZIPPELLIUS (*Teoría del Estado*), etc. Se reproducen en ella parecidos planteamientos metodológicos y similares contenidos dogmáticos a los que utilizó la doctrina clásica del derecho público. Auto-marginada de las controversias doctrinales sobre los grandes temas de los tiempos de entreguerras, su pervivencia después de la segunda guerra mundial sólo adquirirá relevancia, tanto en Alemania como en otros países, en la medida en que, aprovechando los elementos básicos del formalismo gradualista kelseniano termina convirtiendo la doctrina del Derecho Constitucional en una teoría de las fuentes. Es lo que representa, por ejemplo, la obra de MAUNZ (*Deutsches Staatsrecht*) y, sobre todo, el *Diritto Costituzionale* de VEZIO CRISAFULLI, probablemente el mejor constitucionalista italiano de los últimos años.

En segundo lugar, estarían aquéllos que rechazando los argumentos del positivismo jurídico y proclamando frente a él la necesidad de operar con la realidad histórica, a la hora de enfrentarse al Estado Constitucional y a su praxis política, aprovecharían la descripción de sus limitaciones y debilidades para decretar su definitiva condena. Es la postura encabezada y dirigida por Carl SCHMITT quien, desde una de las más brillantes exposiciones que jamás se han realizado de un modelo ideal de 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 de Führer.

Se comprende así que su *Teoría de la Constitución*, su ensayo sobre *La situación histórico-espiritual del actual parlamentarismo*, su estudio sobre *Legalidad y legitimidad*, o su trabajo sobre *Derechos derivados de la libertad y garantías institucionales de la Constitución del Reich*, en el que desarrolla el concepto de garantía institucional, revistan el carácter bifronte de ser, por un lado, memorables aportaciones que no se pueden olvidar en ninguna historia del pensamiento constitucional, al tiempo que representan, paradójica y contradictoriamente, su crítica más desoladora.

No es esta la ocasión más oportuna para proceder a un riguroso enjuiciamiento del pensamiento de Carl SCHMITT. Baste indicar que su crítica al Estado Constitucional y la Democracia Parlamentaria, a lo que conduce en realidad es a un razonamiento *ad absurdum*, en el que, a fin de cuentas, ante lo que nos encontramos es ante un pensamiento que se destruye a sí mismo.

Desde una lógica inmanente al propio proceso de conceptualización liberal, la crítica schmittiana hubiera resultado perfectamente válida y convincente. Cualquier realidad político-social muestra siempre degeneraciones y desvíos del tipo ideal conforme al cual pretende construirse. 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).

Como es obvio, es desde esta segunda óptica desde la que se desarrolla la construcción de Carl SCHMITT. Ante lo que nos situamos actualmente —dirá en *Legalidad y Legitimidad*— «no es ante la antítesis de gobierno y sociedad, autoridad y libertad, Estado de Derecho y Dictadura». Lo que hoy destaca es: «la ficción normativista de un cerrado sistema de legalidad en perentoria y flagrante contradicción con la *legitimidad* de una voluntad legítima realmente existente».

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. Establecer cuándo en la práctica política los desvíos de un modelo teórico rebasan los límites de la legitimidad equivale a formular juicios políticos y no científicos. 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 inadmisibile desde el punto de vista trascendente. Los mismos argumentos que sirven 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 entendiéndolo su obra científica como mera elaboración ideológica al servicio de los intereses del Estado Totalitario.

Siguiendo el ejemplo de SCHMITT, su discípulo FORSTHOFF, enarbolaría también desde la apelación a un pasado irreal e ilusorio, una teoría constitucional que, inspirada en el radical acoplamiento entre normatividad y realidad, le permitía lanzarse, como se ha dicho, a la desesperada búsqueda del *Estado perdido*. Sucede, no obstante, que como el modélico Estado constitucional soñado por FORSTHOFF nunca existió, el que efectivamente terminaría encontrando y recuperando no podía ser otro que el Estado autoritario que aparece en su trabajo de 1933 (*Der totale Staat*), o un Estado Constitucional contradictorio y fantasmagórico que describiría después (*Der Staat der Industriegesellschaft*), y cuya garantía se asigna a una Constitución de naturaleza igualmente fantasmal (V. STOROST, *Staat und Verfassung bei E. Forsthoff*).

Hasta cierto punto bien se puede sostener que, del mismo modo que contenidos y métodos del positivismo clásico resistieron los embates del tiempo y en cierto sentido permanecen en el constitucionalismo actual, el positivismo sociológico de SCHMITT, inspirador directo del totalitarismo de Hitler, también ha sobrevivido al irracionalismo brutal e incontrolado del nacional-socialismo. FORSTHOFF no fue su único discípulo, ni el único sobreviviente, en Alemania y fuera de ella, de la segunda guerra mundial.

En tercer lugar, y por último, surgirían en los momentos que siguen al cataclismo de la primera guerra mundial, múltiples pronunciamientos doctrinales en torno a la idea de Constitución, procedentes de las más dispares orientaciones

metodológicas y ante los que resultaría muy difícil encontrar un hilo conductor común en su razonamiento. Si nos referimos a ellos en un mismo apartado, y los incluimos en lo que hemos llamado genéricamente corrientes del positivismo sociológico, es por la doble coincidencia que en todos se produce en dos puntos fundamentales.

En primer lugar, y desde la óptica ideológico-política, en la base de su argumentación está siempre la defensa de los valores y principios inspiradores de la Democracia Constitucional. Lo que, expresado en otros términos, equivale a indicar que se trata de posiciones doctrinales en cierta forma en contraposición continua con las concepciones del Derecho Político totalitario.

Y, en segundo lugar, desde la óptica de los planteamientos científico-constitucionales, todos coinciden en la necesidad de superar el formalismo positivista, integrando en la argumentación jurídica los elementos de la vida real y de la historia de los hombres, en los que únicamente puede encontrar aquella su verdadera razón de ser y su sentido.

En este doble esquema de premisas, democraticismo político y antiformalismo científico, se podrían incluir una serie interminable de notables constitucionalistas, que forjaron la gran doctrina del Derecho Político del siglo XX, y cuyos postulados son los que, directa o indirectamente, siguen sirviendo de base a la Teoría Constitucional del presente. Cabe recordar, citando sólo a algunos de ellos, los nombres de TRIEPEL, HELLER, DUGUIT, HAURIQU, LEIBHOLZ, SMEND, KAUFMANN, LASKI, etc.

A la hora, sin embargo, de realizar el resumen de sus aportaciones, como indicábamos al principio, nos enfrentamos ante una tarea prácticamente imposible. Nada tiene que ver el razonamiento de un LEIBHOLZ (*Das Wesen der Repräsentation*), por ejemplo, aplicando la fenomenología de HUSSERL al análisis de los fenómenos políticos para, «superando el racionalismo y el empirismo, desde una visión intuitiva de la realidad, llegar a comprender la esencia de la misma», con el realismo sociológico de DUGUIT. Sólo desde la exposición detallada de cada uno de los autores se haría factible la comprensión del significado, el alcance y las limitaciones de su pensamiento. La imposibilidad de efectuar ahora tan ímproba tarea, es lo que obliga a establecer forzosamente un reagrupamiento de ese abigarrado conjunto de doctrinas, en torno a tres cuestiones fundamentales: ¿Cómo interpretan el papel del Estado? ¿Cómo interpretan la función de la Constitución? ¿Cómo entienden la relación sociedad y Estado?

Desde estas perspectivas acaso pueda establecerse un triple posicionamiento científico que iría desde un radicalismo extremo en la valoración de los elementos sociales, y en el que los supuestos políticos se diluyen en un puro positivismo sociológico, hasta un radicalismo contrario, en el que los criterios políticos terminan primando ideológicamente sobre las consideraciones y referencias históricas y sociales. Entre ambos quedarían las posiciones más fecundas a las que haremos alusión en último lugar.

En el primer radicalismo habría que comenzar situando aquel sector del pensamiento sajón, injusta y lamentablemente olvidado, y representado por autores tan significativos como LASKI (*Studies in the Problem of Sovereignty; Authority in the Modern State; Democracy in Crisis*) y COLE (*Social Theory; Guild Socialism*).

Desde la dicotomía establecida por el liberalismo clásico entre Estado y Sociedad, entenderá LASKI que el universo político no se centra en el Estado, sino en un «pluriverso» social cuya referencia es la idea de «corporación». De ahí su crítica a la noción de soberanía. Frente a las mitificaciones hegelianas del Estado, que interpretan a éste como conformador del orden social, LASKI partirá de la lógica contraria: lo que existen realmente en la sociedad son individuos con derechos y libertades que se integran en corporaciones. Al Estado le corresponderá entonces tan sólo actuar de coordinador de esos intereses de los ciudadanos y de los grupos. Porque se trata de realizar simplemente una función coordinadora, el Estado, que no es omnipotente ni soberano, «tiene que presentar —dirá textualmente Laski— un certificado moral de capacidad. Ninguna de sus decisiones es justa *a priori*».

Ese agresivo recelo hacia el poder estatal adquirirá en COLE, el más significativo representante del llamado *Guild Socialism*, proporciones exorbitantes, hasta el punto de convertir al Estado en una instancia llamada a desaparecer. Con COLE el Estado deja de ser un ente político cuya función consiste en coordinar el pluriverso social de las corporaciones, para transformarse en la gran corporación de las personas que viven en su territorio, y a la que, consecuentemente, habrá que explicar desde la lógica de la sociedad, y no desde la lógica política. Se entiende de esta modo que COLE, de cuyas convicciones democráticas nadie puede dudar, tuviera que terminar hablando de «una democracia funcional», que no significa otra cosa que hablar de una democracia sin Estado.

Lo de menos es señalar ahora el acierto o desacierto de las tesis expuestas por LASKI o por COLE. Lo que importa es constatar el sentido bifronte de su argumentación que, si de cara al pasado engarzaba con los presupuestos del liberalismo clásico, cara al futuro supuso la creación de la atmósfera intelectual en la que fructificarían luego las tesis del *racionalismo crítico*, simbolizadas, como se sabe, en la obra de POPPER (*La sociedad abierta y sus enemigos*). Y ocioso es recordar que, directamente inspirada en POPPER, se ha montado la más significativa Teoría de la Constitución de nuestro más inmediato presente histórico. Me refiero, claro es, a la Teoría de la Constitución de P. HÄBERLE (*Verfassung als öffentlicher Prozess; Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*).

Con menor fortuna en sus desarrollos posteriores, aunque con mayor resonancia y significación en el momento en que fueron expuestas, existen otras doctrinas encuadrables dentro de ése que hemos denominado realismo sociológico a ultranza. En ellas habría que situar los diversos intentos por recuperar al concepto de *Constitución material* formulado por LASSALLE (*¿Qué es una Constitución?*) en la pasada centuria, y cuyo exponente más significativo fue MORTATI, con la publicación de su libro *La Costituzione in senso materiale*, donde elabora el concepto de régimen político, y donde se patentizan las ambigüedades de un constitucionalismo que, en pleno régimen fascista, pretendía obtener certificados de neutralidad axiológica y política. Fue lo mismo que ocurrió con el acoplamiento que aspiró a realizar SANTI ROMANO entre la teoría institucionalista (HAURIUO) y la teoría fascista del Estado, al montar la doctrina del ordenamiento jurídico (SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Costituzionale; Ordinamento giuridico*).

De todos modos, el gran representante del realismo sociológico fue DUGUIT (*L'État; Soberanía y Libertad; Traité de Droit Constitutionnel*), cuya influencia posterior, notable en otros ámbitos del Derecho Público (Derecho Internacional y, sobre todo, Derecho Administrativo), ha sido prácticamente nula en el campo del Derecho Constitucional. El hecho se explica porque con sus furibundos ataques a la dogmática del positivismo jurídico, lo que termina propiciando desde un realismo exacerbado es la destrucción de los propios objetos sobre los que opera el Derecho Constitucional. Su definición de la soberanía como el poder de los más fuertes sobre los más débiles, y su entendimiento del Estado como la organización de los poderosos, no podía conducirle más que a tener que negar la noción de soberanía y a decretar la muerte del Estado. «Sí, dirá DUGUIT, el Estado ha muerto, o, más bien, está en trance de morir» (*Oui, l'État est mort! ou plutôt il est en train de mourir*).

En vano podría salvar desde esos presupuestos y desde el funcionamiento de la «regla de derecho» y el «principio de solidaridad», una organización social que rompía con los criterios vertebradores que históricamente se entendieron como criterios definidores y elementos esenciales de cualquier organización política. Nada tiene de particular que «la regla de derecho» tal y como él la concibe, o la distinción entre derecho objetivo (generado en la sociedad) y derecho positivo (como derecho legal del Estado), estuvieran condenadas al más estrepitoso fracaso. Como nada tiene de particular tampoco, que ante un Estado sin ese elemento cualificador del mismo que es la soberanía, el pensamiento de DUGUIT se viera abocado a una especie de nihilismo intelectual. En los últimos años de su vida acabó siendo un apologeta del sindicalismo revolucionario.

A pesar de todo, si hemos traído a colación su nombre es porque en DUGUIT se patentizan mejor que en ningún otro los perversos resultados a los que, tanto en el orden teórico como en el práctico, puede conducir el radicalismo sociológico.

Frente a ese realismo sociológico, del que DUGUIT constituye el mejor exponente, caracterizado por el deseo de eliminar cualquier tipo de connotaciones ideológicas en la explicación política, habría que situar el radicalismo contrario, en el que los supuestos ideológicos subyacentes son de una evidencia incontestable. Protagonista de este segundo tipo de radicalismo es HAURIUO (*Précis de Droit Constitutionnel; Études constitutionnelles; La souveraineté nationale; L'institution et le droit statutaire*), el jurista francés de más prestigio y, sin duda, también de más talento del siglo XX.

No es ésta, por supuesto, la ocasión de hacer la exposición detallada del institucionalismo y, en particular, de la *teoría de la institución*, tal y como HAURIUO la formula. De lo que se trata solamente es de poner de manifiesto el significado ideológico del institucionalismo y las implicaciones que esa ideología iba a tener en la forja de la doctrina constitucional de toda la centuria.

Para empezar, bueno será dejar muy claro desde el principio que HAURIUO es un demócrata, un defensor de la libertad y, hasta cierto punto, un entusiasta de la democracia parlamentaria. Pero, como se describió a sí mismo en los *Principes de Droit Public*, es también un positivista comteano, influido por BERGSON, convertido en positivista católico, que utiliza los contenidos sociales, morales y jurídicos

del dogma católico, y que defiende las concepciones de derecho natural frente a la amenaza agresiva del normativismo positivista.

Más allá, por lo tanto, del derecho positivo, entenderá el jurista galo que existe una realidad social, compuesta por ideas, creencias, valores y principios, que determinan la conducta de los hombres y que será donde se forjen las instituciones. Una institución, por lo tanto, advierte HAURIUO, «es la idea de un proyecto o empresa que se hace realidad entre los hombres y que persiste jurídicamente en un medio social». Como entidades sociales objetivas, las instituciones pasan a ser entonces los criterios legitimadores del derecho, lo que iba a permitir a HAURIUO enarbolar, frente a las interpretaciones voluntaristas y estatalistas de lo jurídico, propias del positivismo de un LABAND y de un JELLINEK, un *auténtico poder normativo de lo fáctico*, y «una visión conservadora y tradicionalista del Derecho».

Desde esos planteamientos nada impedía, por otra parte, seguir manteniendo la contraposición del liberalismo decimonónico, establecida por los fisiócratas, entre sociedad y Estado. Al contrario, por ser la sociedad el lugar donde espontáneamente surgen las instituciones, la sociedad se puede presentar como una entidad con existencia autónoma propia. A su vez, al concebir al Estado como institución, nada impide que se le explique como el gran mecanismo protector de la sociedad. Con lo cual, y es aquí donde reside la modernidad y actualidad del razonamiento de HAURIUO, la Constitución no se define como simple *constitución política* del Estado, como mero instrumento de Gobierno (*Instrument of Government*), sino que habrá que concebirla además, como *constitución social*, protectora de los derechos y libertades de los hombres y de las instituciones que operan en el seno de la sociedad.

La, sin duda, majestuosa y sorprendente formulación de HAURIUO, que representa probablemente la más acabada Teoría de la Constitución de la primera mitad de la centuria, chocaba, sin embargo, con una dificultad. Al fundar la legitimidad del Derecho y de la Constitución en las instituciones, y al admitir el carácter espontáneo de éstas, en la Teoría del Estado de HAURIUO no tiene cabida la doctrina del contrato social de ROUSSEAU. Lo que significa que el poder del Estado no puede fundamentar tampoco su legitimidad en el principio democrático.

Se delata de esta forma el carácter ideológico del institucionalismo que, si en HAURIUO aparece suficientemente compensado por la profundidad e inteligencia de todas sus obras, y por la actualidad de muchos de sus planteamientos, en el resto de los institucionalistas adquiere en ocasiones caracteres esperpénticos. Antes me referí al caso de SANTI ROMANO. Del institucionalismo de RENARD (*La Théorie de l'institution; La philosophie de l'institution*), se puede prescindir sin mayores inconvenientes, en la medida en que la teoría de la institución termina siendo la última construcción religiosa y teológica de la realidad histórica y política.

Frente al realismo suicida de DUGUIT y al ideologismo subyacente que impregnaba el pensamiento de HAURIUO, aparecieron, como posición intermedia en las polémicas que se desarrollaron en el seno de la República de Weimar las tesis integracionistas de un SMEND («*Constitución y Derecho Constitucional*»), o las con-

cepciones de un HELLER («Teoría del Estado») sobre la *normalidad* y la *normatividad* constitucionales. De ellos, a fin de cuentas, derivan explícitamente confesados como precedentes en unos casos, o injustamente olvidados en otros, las más importantes y valiosas concepciones de la teoría de la Constitución en el presente [BÄUMLIN (*Lebendige oder gebändigte Demokratie?*), MÜLLER (*Die Positivität der Grundrechte*), HESSE (*Escritos de Derecho Constitucional; Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*), KRÜGER (*Die Verfassung als Programm der nationalen Integration*), etc.].

La necesidad de integrar los elementos fácticos y normativos, esto es, la realidad histórico-política y la realidad jurídica, en un sistema unitario sobre la que fundamentó SMEND su *teoría de la integración*, es la misma necesidad que condujo a HELLER a concebir la Constitución no sólo como un conjunto de normas emanadas del Estado (*normatividad*), sino además, y junto a ellas, como un conjunto de elementos no normados (*normalidad*) que compondrían los supuestos extrajurídicos e históricos de la realidad constitucional. Lo que significa que en contraposición a la metafísica en la que el positivismo jurídico había terminado colocando a la problemática constitucional, el Derecho Constitucional rescataba las categorías de espacio y tiempo, y adquiriría dimensiones concretas e históricas evidentes.

Pero significa, a su vez, que frente al positivismo sociológico de DUGUIT y al irracionalismo incontrolado al que el decisionismo de SCHMITT terminaba reduciendo la vida política, el Derecho constitucional, como conjunto normativo que se involucra en la realidad social y política concretas, no tenía por qué renunciar a dar sentido histórico y a hacer valer sus proposiciones normativas. Al considerar que los valores, principios, contenidos y objetivos establecidos en las normas sólo tienen sentido y sólo pueden explicarse cuando responden a los propios valores y principios que conforman la realidad social, se abría el camino para que la confrontación entre normatividad jurídica y realidad política pudiera empezar a resolverse.

La historia del Estado Constitucional es precisamente la historia de las transformaciones de esos valores, principios y exigencias que, definidos y explicitados previamente en la realidad social, se integran luego en la normativa constitucional. Lo que equivale a indicar que no son los cambios de la legalidad los que provocan las transformaciones sociales y políticas de los pueblos, sino que son las transformaciones operadas en la realidad las que determinaron siempre las grandes revisiones de la legalidad.

Sacrificada precisamente por la realidad política cruel de los totalitarismos, la espléndida doctrina constitucional forjada en la época de Weimar quedaría condenada al silencio. La Teoría Constitucional no resurgiría de nuevo hasta que, con la terminación de la segunda guerra mundial apareciera, por un lado, el nuevo constitucionalismo de los países liberados del fascismo, y, por otro lado, el constitucionalismo de los Estados del Tercer Mundo que, tras el proceso de descolonización, accedieron a la independencia. Se abrió así la tercera y última etapa de la historia de la doctrina constitucional del siglo XX y que, convencionalmente, designábamos como etapa del positivismo jurisprudencial.

#### 4. LA ETAPA DEL POSITIVISMO JURISPRUDENCIAL

En su *Derecho Constitucional de la posguerra*, indicaba con acierto Carlos OLLERO que el Derecho Constitucional que se forja a raíz de la segunda conflagración bélica mundial, tiene aspectos innovadores mucho menos importantes que los que tuvo el Derecho Constitucional surgido después de la primera gran guerra. El hecho se explica por el mismo sentido de la contienda militar. La segunda guerra mundial fue combatida en nombre de los principios democráticos y liberales contra los regímenes totalitarios fascistas, lo que supuso que la victoria final fuera entendida más como medio para restaurar unos sistemas constitucionales que se habían visto amenazados por las dictaduras, que como ocasión propicia para innovar a fondo en la organización constitucional de los poderes del Estado.

Sin embargo, existen dos datos característicos del constitucionalismo surgido tras la segunda guerra mundial que no se pueden ignorar. En primer lugar, como señalara MIRKINE-GUETZEVICH (*Modernas tendencias del Derecho Constitucional*) cada vez es más acusada la tendencia, en las organizaciones constitucionales del presente, al desarrollo de técnicas y mecanismos jurídicos encaminados a racionalizar y controlar el poder. Por otro lado, y en segundo lugar, el establecimiento y la universalización de un constitucionalismo rígido en todos los Estados, asentó las bases para conferir a los preceptos constitucionales un auténtico valor normativo (GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*). Las Constituciones dejaron así de entenderse como mero sistema simbólico de principios ideológicos y de formulaciones políticas, para pasar a ser normas jurídicas con la misma validez y eficacia que el resto de los preceptos del ordenamiento.

Nada tiene de sorprendente que, en estas circunstancias, las cuestiones alusivas a la aplicación e interpretación del Derecho Constitucional cobren una relevancia y una significación que no tuvieron en el pasado. Hasta el punto de que, tanto en Europa como en América, la doctrina jurisprudencial y los problemas relativos a la formación de esa doctrina, se han convertido en los centros de referencia en torno a los cuales se sitúan las cuestiones y problemas más importantes de la más reciente teoría constitucional. Piénsese, por ejemplo, por lo que a USA hace referencia, en los trabajos de Alexander BICKEL (*The Morality of Consent*), y en general, en los de la llamada escuela de la explicación razonada, en la doctrina de la argumentación mediante la ponderación de intereses (Alexander ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*), en el interpretativismo de Robert BORK (*Styles in Constitutional Theory*), o de BERGER (*Government by Judiciary*), en el anti-interpretativismo de un Thomas GREY (*The Constitution as Scripture*), en los planteamientos de John HART ELY (*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*), etc.

Nada habría que objetar a la relevancia y al valor asignados a la jurisprudencia constitucional, si no fuera porque la exclusivista y ambiciosa pretensión de reducir y concentrar en ella toda la problemática de la teoría constitucional, a lo que conduce realmente, es a la distorsión y al abandono de las cuestiones capitales del derecho público, en torno a las cuales giraron las grandes polémicas en el

pasado, y que, por no haber sido resueltas definitivamente entonces, siguen sin resolverse en la actualidad.

Uno de esos temas capitales del Derecho Constitucional fue siempre el de cómo dar sentido y coherencia al principio democrático. Si el positivismo jurídico clásico camufló el problema con una arbitraria asignación de la soberanía al Estado, HAURIOU lo haría haciendo descansar la legitimidad del sistema constitucional, no en la voluntad del pueblo, sino en el abstracto e impreciso conjunto de convicciones y creencias que, según él, definían el concepto de institución. Toda la historia del pensamiento constitucional del siglo XX se presenta sometida a la patética ambigüedad de, por un lado, partir de la proclamación solemne del principio democrático y, por otro, de no encontrar los medios para otorgarle una traducción política efectiva.

Esa ambigüedad tomará tonalidades más dramáticas en la medida en que el proceso de globalización, del que como fenómeno característico de nuestro tiempo somos testigos de excepción, adquiere proporciones más alarmantes. Implica la globalización una reducción notable de los espacios políticos. La conversión de los hombres en ciudadanos del mundo, supone en cierto modo que todos dejemos de ser un poco ciudadanos del Estado. Lo que significa que la relación entre el ciudadano y el poder se transforma en una relación cada vez más difusa y distante.

Es en estas circunstancias, en las que, como único elemento clarificador del horizonte político en un mundo confuso y cargado de contradicciones, la Constitución aparece como referente inexcusable para el mantenimiento de los valores y supuestos que conforman una convivencia civilizada. Pero se trata de una Constitución cuya divinización y conversión en panacea salvadora de la condición de ciudadano que hace del hombre un portador de derechos (*rights holder*), no se compadece con el alejamiento –inevitablemente amplificado por el proceso de mundialización– de los supuestos sociales en los que se asienta su legitimidad.

Así las cosas, la reducción de toda la problemática de la Constitución a una doctrina de la interpretación jurisprudencial, no pasa de ser una reducción injustificada y falaz. Más allá de las cuestiones jurisprudenciales existen otros problemas que son los que verdaderamente afectan, o deberían afectar, a la doctrina constitucional.

El primero y más significativo es el que implica ese notable giro, determinado por el hecho de la globalización, en virtud del cual la Constitución deja de ser la norma legitimada en los valores que conforman su propia realidad social y política, para pasar a convertirse en instrumento legitimador de un mundo confuso, desordenado y caótico. Es en esta perspectiva en la que habría que entender y explicar el verdadero sentido del fenómeno que se ha dado en denominar «*ideología de la Constitución*», y no como, por ejemplo, pretende HENNIS, cuando para justificar su concepción de la «Constitución como mero instrumento de gobierno» (*instrument of government*), no ahorra imprecaciones y dicerios contra quienes hacen de la «Constitución el libro de los libros», «la fuente inagotable de contenidos detallados y pormenorizados», «la ideología» del presente (HENNIS, «*Verfassung und Verfassungswirklichkeit*»).

Forma parte de la lógica de la globalización económica que, en un mundo donde el Estado todavía no ha desaparecido y continúa siendo el único referente de la actividad política, la ausencia cada vez más notoria del principio democrático como criterio justificador de su estructura, haga necesaria la apelación al principio liberal como supremo y definitivo supuesto de legitimidad. Resulta aleccionador a este respecto que mientras los ideólogos de la globalización ofrecen visiones cada vez más reducidas de la idea democrática, hasta el punto de transformarla, siguiendo a SCHUMPETER, en simple procedimiento de selección de élites, o, acogiéndose al pensamiento de POPPER, en un mero mecanismo de eliminación de gobernantes, no dudan, sin embargo, en proclamar las virtualidades y grandezas del principio liberal.

Nada habría que oponer al reconocimiento del valor de la libertad que históricamente apareció ya como el primer elemento configurador del constitucionalismo moderno. El problema comienza cuando se pretende llevar a cabo la construcción de una organización política libre y se olvidan los imprescindibles componentes democráticos que deben concurrir a su formación. Fue el gran mérito del iusnaturalismo contractualista el haber sabido conjugar debidamente la idea democrática y la idea liberal, desde el entendimiento de que, si bien sin libertad no cabe hablar de democracia, sin democracia –como supuesto estructural y político de la libertad– no cabe tampoco hablar de libertad.

Nos enfrentamos, no obstante, ahora ante una situación en la que la desvertebración democrática del Estado conduce directamente a convertir a la Constitución, como gran programa político de la libertad, en el único criterio legitimador de la vida pública. Pero se trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería de encontrar su fundamentación, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia. Es desde esta óptica desde la que habría que interpretar y comprender como manifestación más significativa del Constitucionalismo actual la expresión *«ideología de la Constitución»*, ante la que sin duda se abren los más serios y difíciles interrogantes para la doctrina Constitucional del presente.