

FLEXIBILIDAD DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD

*Jary L. Méndez Maddaleno**

Resumen: Este artículo trata sobre el diálogo entre normatividad y facticidad en el ámbito de la interpretación constitucional. La judicialización de los conflictos constitucionales apela a la problemática de la legitimidad y plantea aspectos del Derecho como su historicidad, politicidad y racionalidad que evidencia que el Derecho es una realidad dinámica pero se encuentra regida también por principios inmutables dictados por la propia dignidad humana.

Abstract: This article refers to the discussion between law and facts in the constitutional jurisdictional scope. The judicialization of the constitutional conflicts relates to the legitimacy problem, and presents aspects of Law such as historicity and rationality. Law is a dynamic reality, but it is also guided by absolute and immutable principles derive from the inherent dignity of the human person.

Planteamiento de la cuestión

En nuestro mundo contemporáneo, cada vez con mayor evidencia se impone la existencia de una zona de indefinición entre dos conceptos derivados del concepto de Constitución: reforma constitucional e interpretación constitucional. Para poder tratar esta problemática es necesario fijar la mirada

* Doctora con mención europea en Gobierno y Cultura de las Organizaciones (Universidad de Navarra). Licenciada en Derecho, Abogada y Notario (Universidad Francisco Marroquín). Decana y Profesora de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, Guatemala. Correo electrónico: jmendez@unis.edu.gt

sobre el concepto que los origina. El concepto de Constitución es de carácter complejo. La falta de unanimidad en cuanto a su contenido evidencia esta afirmación. Si bien es cierto, la variedad de conceptos aceptan que la función de la estabilidad de la comunidad política es la más importante atribución de la Constitución, no todos entienden su naturaleza de igual forma. La complejidad de la materia constitucional, esculpe en la Constitución una doble dimensión: jurídica y política. De cómo se entienda el elemento político de su contenido, dependerá también la praxis constitucional. Abordar esta cuestión exige un enfoque no sólo desde la perspectiva del derecho constitucional sino también desde la Teoría de la Constitución; y dado que la Constitución proyecta en la comunidad política los valores identificativos de la misma, la Filosofía del Derecho no puede pasar desapercibida. La Constitución, como quicio fundamental de los ordenamientos jurídicos del Estado democrático constitucional es un tema que deja abiertas muchas puertas por la profundidad de los tópicos a los que apunta. No puede ser de otra manera, porque la Constitución tiene un significado extenso: *nomos*, decisión, régimen de gobierno y *ethos*; además, dentro de esa amplitud evoca de especial manera la flexibilidad o elasticidad del Derecho. Sin embargo, la imagen del hombre propia de la constitución democrática debe corresponderse a factores esenciales constitutivos de la dignidad humana: a aquel nivel de valores que representa el patrimonio originario propio de cada ser humano y que es lo único que realmente respeta la libertad y ofrece verdaderamente la posibilidad de construir un orden social justo.

Resulta casi obvio reconocer que las normas constitucionales conceden a la interpretación constitucional una amplia libertad de determinación. Esto no quiere decir que consista en juicios de valores subjetivos que se hagan derivar de las normas constitucionales. Se necesita un fundamento objetivo, algo que responda verdaderamente a la naturaleza de la comunidad política, un criterio axiológico firme y seguro. El Estado constitucional con sus principios organiza la vida social, determina en sus contornos normativos el marco de actuación de los ciudadanos. ¡Pero esto es insuficiente! El dinamismo existencial propio del ser humano también se manifiesta

en el Derecho, de ahí su flexibilidad: las normas jurídicas no lo resuelven todo ni hablan por sí mismas. Por eso el mismo orden jurídico establece las posibilidades para dar cauce al dinamismo humano.

La flexibilidad del Derecho y su politicidad

No existe una línea intermedia entre la neutralidad axiológica de la legalidad constitucional que pretende el Estado de Derecho y la ponderación de los valores de las garantías constitucionales de contenido: ambas son excluyentes. Por otra parte, un sistema normativo cerrado es algo mítico: tarde o temprano la misma realización del Derecho o la realidad política sobrevienen.

Podría decirse que la Constitución “incorpora” el conflicto social: la búsqueda del punto de equilibrio entre los intereses concurrentes no puede más que delegarse en el sistema representativo, en la dialéctica entre los partidos políticos. Incluso la historia nos ha mostrado como en algunas ocasiones la prevalencia de los valores constitucionales queda sujeta a la mayoría del momento, al compromiso de organizaciones de poder heterogéneas y a las recompensas del poder, merced a la legalidad constitucional. Los conflictos de legalidad constitucional se dirimen en último término a través de la función jurisdiccional. La relación conflictiva entre legalidad y legitimidad se expresa y se desarrolla en múltiples aspectos y formas de la actividad de la jurisdicción constitucional. De hecho, dentro de las posibilidades que se desprenden de la propia Constitución para adecuarse a los cambios que su propia dinámica le exige, la interpretación constitucional ha ido adquiriendo un papel protagónico, incluso invadiendo el ámbito propio de la reforma constitucional.

La experiencia muestra que la justicia constitucional ha producido transformaciones profundas respecto del equilibrio del orden político institucional en la relación entre Constitución y política. El papel de los jueces ha crecido visiblemente, hasta el punto de verse por algunos como “*viva vox constitutionis*” (Ruggeri, 2007: 3603).

La misma vida fue reclamando una forma de salvaguardar la Constitución. La búsqueda del defensor de la Constitución pasó, sin embargo, por distintas propuestas, y llegó a desembocar en una solución de marcada influencia por las ideas judicialistas. De acuerdo con ellas, todos los problemas jurídicos deben encomendarse a un procedimiento judicial. Según estas ideas, no existe diferencia alguna entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca de una norma constitucional (Schmitt, 1998: 31). En realidad, era de esperar el “triumfo” de esta determinación. Desde sus orígenes, la lógica estructural de la Constitución, concretamente por su elemento jurídico, el Estado de Derecho, se inclinaba en cierta medida a establecer en los jueces su forma de protección o defensa. La exigencia de protección nació para escudarse de la posible arbitrariedad del legislador y su instauración refleja, como apunta Mirkine-Guetzévitch, uno de los fenómenos de la racionalización del poder. La supremacía del poder constituyente, que los pueblos modernos han heredado de la Revolución francesa, tiene su expresión concreta en el control de la constitucionalidad de las leyes. Únicamente este control puede dar garantías reales de la legalidad superior de la Constitución y también de las libertades individuales (Mirkine-Guetzévitch, 1934: 31-32).

Indudablemente, en la inclinación por la protección judicial en los países de tradición continental influyó decisivamente el papel que desempeñó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en su sistema constitucional. Esta transposición tenía necesariamente que manifestar una eficacia distinta; la experiencia de un Estado judicialista no puede equipararse a comunidades políticas que proceden de una tradición jurídica diferente. Pero la complejidad de esa transposición se advierte también porque esta interpretación “mutativa” cumplió funciones propias del poder de revisión constitucional (Kägi, 2005: 164).

Ahora bien, ¿es posible una protección judicial de la Constitución no judicialista? La respuesta inmediata sería que históricamente este es, hasta el día de hoy, el modo de defensa casi universal. La obligada pregunta, entonces, es ¿se puede proteger legalmente la Constitución frente a las arbitrariedades del poder? Llegados a este punto, se presenta forzosamente lo difícil

que resulta negar la posibilidad real de que un Tribunal constitucional pueda imponer una norma presentándola como algo exigido por la Constitución.

Pero la realidad es que el sistema constitucional se fue estructurando y funciona hasta hoy con el auxilio de la jurisdicción como parte de su eficacia. Ciertamente es que, por el carácter abierto y amplio de la Constitución, la interpretación tiene una importancia fundamental para el Derecho constitucional. Por ello, aquí más que en cualquier otra rama del Derecho, surgen con frecuencia problemas de interpretación (Hesse, 1983: 36).

Ahora bien, dejando a un lado la influencia que pudo haber tenido la estructura del sistema constitucional de Estados Unidos, el terreno para hacer germinar la idea que legitima la autoridad del intérprete constitucional fue preparado por el concepto mismo de Estado de Derecho, cuyo ideal es el *maximum* de racionalización ((Mirkine-Guetzévitch, 1934: 44). El *Rechtsstaat* busca asideros fijos ante la contingencia de la política, que pensando en las pasiones parece una cuestión “caprichosa”. Por la seguridad de una comunidad, lo más conveniente es someterla a la certeza propia que proveen las normas jurídicas. La conformación judicial de la vida de la comunidad política responde a la necesidad de que la vida política se desenvuelva según decisiones imparciales. El control y la decisión judicial son disposiciones que permiten una subsunción precisa y delimitada de cada decisión bajo la ley. Pero en el ámbito constitucional cuando esa subsunción “perfecta” no resulta posible, la interpretación excede a la legalidad. Dentro del ámbito constitucional, el intérprete es competente para fijar el contenido que ha suscitado su intervención, pero esto no significa que esté por encima de la Constitución. Por eso, para el cumplimiento de la función de la interpretación constitucional y del proceso constitucional en su conjunto, es esencial la forma en la que la propia Constitución determine la cuestión de la interpretación constitucional. Parece oportuno preguntarse si Constitución y Tribunal constitucional terminan por ser, a fin de cuentas, una sola cosa con un destino inseparable: la primera, “mirándose al espejo” en el segundo, en su concreción, en su modo de ser y de “desarrollarse”. Esta pregunta apunta hacia una propiedad esencial de la Constitución, trata de establecer si su *vis* normativa resulta reforzada, o por el contrario, si se

encuentra constreñida, al menos con respecto a algunas experiencias, a dispersarse sustancialmente, de modo que las normas de la Constitución se vean obligadas a ceder el campo a la regularidad de la política, imperiosamente llevada a afirmarse con el “generoso” aval de los intérpretes constitucionales (Ruggeri, 2008: 3604).

Sin embargo, entre los jueces constitucionales y el poder constituyente, fuerza que hace surgir y que legitima la Constitución, no existe ninguna vinculación directa. Por tanto, pareciera que la propia función de la legalidad constitucional fuera la supresión de todo derecho de resistencia, sin las responsabilidades ni los riesgos de la política. Se escuchan aquí los ecos de aquel reclamo constante respecto de que el desarrollo de la “contemporaneidad” de la Constitución, de su capacidad para decir “algo” en relación a la zona en donde puntualmente se coloca el conflicto, justifica que se considere inaceptable que a la Constitución se “antepongan” sujetos –los jueces del Tribunal constitucional– no legitimados por el voto popular, frente a la voluntad del legislador ordinario, expresión del principio democrático, que reacciona, a través de la legislación ordinaria, demandando una actualización de la Constitución, para fijar en ella un nuevo y más actual orden de los intereses sociales (Bin, 2007: 26-27). Pero alguien tiene que decidir y hemos situado la interpretación constitucional en el vértice del sistema constitucional. El problema sigue ahí; en el fondo, se trata de la legitimidad en la toma de decisiones políticas. Y es una cuestión que remite a la inmanencia y trascendencia del Derecho, pues se refiere a la imperatividad del Derecho derivado de su fundamento último, debate por cierto silenciado especialmente a partir del siglo XIX pues casi unánimemente se ha situado el origen de la sociedad, el poder y el derecho en el pacto social –*pactum societatis*–, es decir en el hombre mismo, y más particularmente en el consenso social.

Legitimidad e integración en los conflictos constitucionales

Aunque en nuestro mundo contemporáneo la juridificación de la vida política se manifiesta constantemente, debemos reconocer que en el Derecho

no se agota la vida de la comunidad política. Existen cuestiones metajurídicas que son inabarcables por sus presupuestos, y casos de excepción que no pueden estar contemplados en la ley.

El origen de la interpretación de la Constitución descansa en la necesidad de dirimir un conflicto entre normas legales que se contradicen. El juez, ante ese conflicto que se le presenta, se ve obligado a tomar una resolución que al final es una decisión en el proceso, pero siempre dentro de la esfera de su concreta misión judicial. Efectivamente, su labor no puede alterar el orden existente entre juez y legislador, es decir, no debe asumir funciones propiamente legislativas; su función consiste únicamente en corregir la transgresión de ciertos límites extremos, la defensa del orden legal establecido, de las decisiones políticas ya asentadas en el orden jurídico vigente (Pizzorusso, 1999: 135). Es decir, a pesar de la “libertad creadora” del intérprete, de la amplitud de su arbitrio y de la imprecisión de ciertos conceptos, continúa estando “sujeto a la ley” mientras se encuentre en el sistema del Estado de Derecho (Schmitt, 1998: 54). Idealmente, como se ha insistido, se piensa que la resolución judicial de las cuestiones políticas es la mejor forma de garantizar la Constitución. El afán de la certeza y la previsibilidad jurídicas, esto es, la seguridad jurídica de encontrar la consecuencia constitucionalmente “correcta” por medio de un procedimiento racional y controlable, y no el de la “simple decisión por la decisión” (Hesse, 1983: 37), es precisamente la función que se atribuye a la interpretación. Pero es dudoso que sea posible este cometido en todos los preceptos constitucionales. En algunos de ellos, una perfecta subsunción racional es simplemente inalcanzable por su mismo carácter político. Por otra parte, ¿es realmente posible dilatar la justicia a una materia que no es precisamente justiciable sin que se deriven de ello consecuencias perjudiciales? Estemos de acuerdo o no, la advertencia schmittiana permanece irresuelta en la jurisdicción constitucional (Schmitt, 1998: 57). En la igualdad Estado y Derecho, da lo mismo una cosa que otra; son expresiones sometibles, porque no se respeta la especificidad conceptual de lo político y lo jurídico.

Desde luego que esto no tiene ningún sentido si, al igual que Kelsen, consideramos que entre el carácter político de la legislación y el de la

jurisdicción no existe distinción cualitativa, sino cuantitativa. Visto así, todo conflicto jurídico consiste en una controversia política, el hecho de someterlo a los tribunales lo convierte en una controversia jurídica. Simplemente se le despoja de su especificidad y se incorpora al ámbito jurídico a través de su judicialización. Por esta razón Kelsen no duda en afirmar que, “todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder puede ser resuelto como controversia jurídica”. Desde esta perspectiva, el mismo Kelsen afirma que la función de un Tribunal constitucional tiene un carácter político. De hecho reconoce que quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional (Kelsen, 1995: 19-21).

Pero, en plena coherencia con el planteamiento de su origen, a pesar de su inherente carácter político lo constitucional calza perfectamente dentro de lo judicial. De modo que, no porque no se trate de un tribunal su función deja de ser “jurisdiccional”, y mucho menos esa función deja de poder transferirse a un órgano dotado de independencia judicial. Pero si el Tribunal constitucional es, como dice Zagrebelsky, el custodio del *pactum societatis*, garante de las condiciones mínimas de la vida colectiva, al que le corresponde la defensa de los principios constitucionales sobre los cuales “no se puede votar” ¿pueden sus decisiones ser neutrales? (Zagrebelsky, 2005c:277).

Esta nebulosa es particularmente evidente en aquellos supuestos en los que la Constitución no establece un criterio inequívoco. Se trata de cuestiones en las que ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión: solamente han proporcionado una serie incompleta de puntos de apoyo para decidir. Es una forma de “mirar” al futuro, preanunciando un cuadro pluralista de intereses antagónicos, cuya concurrencia no ha sido resuelta a través de su selección y orden en un cuadro de prioridades ya definido (Bin, 2007: 20). Se norman constitucionalmente conflictos de intereses inconciliables que apuntan a una toma de decisión en el futuro. Precisamente es en estos “compromisos dilatorios” (Schmitt, 2003: 54,132) donde no es posible reconocer una voluntad auténtica, sino únicamente una voluntad supuesta o ficticia. En esto coincide incluso el mismo Kelsen, que ve

“sumamente inoportuno” que se formulen las normas constitucionales en términos demasiado generales o difusos. Ese tipo de normas, a su juicio, pueden ocasionar un “desplazamiento del poder” del organismo legislativo, como representante del pueblo, hacia una instancia ajena que se corresponda con fuerzas políticas distintas a las ahí representadas (Kelsen, 1995: 33-34). Precisamente, es en ese tipo de normas en las que, por razón de su objeto, únicamente con cierta moderación podría admitirse que la interpretación consiste en ejecución y, por supuesto, nunca en subsunción, porque sobre todo se debe considerar que el objetivo de esas normas todavía está por realizarse (Hesse, 1983: 40).

La complejidad de la materia constitucional hace imposible la simple transposición de las reglas tradicionales de interpretación. Debemos aceptar que la interpretación constitucional tiene un cierto carácter “creativo”. Ella se sitúa necesariamente en un plano axiológico-sustancial, pero no puede prescindir del plano político institucional. Necesariamente media entre instancias diversas, relacionadas con la política y el Derecho constitucional (Ruggeri, 2008: 3606-3608). Podría decirse que los tribunales constitucionales nacen como una especie de nudo elástico entre los dos ámbitos, entre lo jurídico y lo político (Rodotà, 1999: 15).

A través de la interpretación, lo que no se expresa claramente como contenido de la Constitución se determina mediante la incorporación de la realidad de cuya ordenación se trata; el contenido del precepto constitucional se completa con ella, se concreta. De hecho, en la adopción de criterios jurídico-constitucionales interesa más el *quis iudicabit*, es decir, la decisión concreta y personal, que la normatividad de una competencia judicial. Pero la actividad interpretativa siempre queda vinculada al precepto constitucional. Por tanto, la labor interpretativa es creativa y condicionada a su vez. Efectivamente, podríamos entender con Zagrebelsky que la interpretación constitucional, como una forma de interpretación judicial, se sitúa en la línea de tensión que vincula la realidad con el Derecho, lo que representa el enésimo replanteamiento de la lucha, jamás extinguida y acaso irrenunciable, entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley (Zagrebelsky, 2005: 133).

Esto pone de manifiesto, una vez más, la eterna escisión de la “Constitución soberana” entre las exigencias del Derecho *ex parte societatis* y las exigencias de Derecho *potestatis*. Pero esta paradoja se agrava aún más si llegamos a admitir con Kelsen que el carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le debe necesariamente otorgar de acuerdo a su naturaleza (Kelsen, 1995: 19).

Por tanto, es muy difícil negar el poder político de los jueces constitucionales: se trata de una realidad evidente (Pizzorusso, 1999: 142). Ejemplo de esta realidad es el intento italiano de evitar que el Tribunal constitucional pueda sustituir la valoración política atribuida al legislador. De hecho, antes de que entrara en funciones la Corte constitucional italiana se emitió una normativa en ese sentido. Así, la legislación italiana establece, en el artículo 28 del decreto legislativo 87/1953, que el control de legitimidad de la Corte constitucional italiana sobre una ley o un acto con fuerza de ley, excluye toda valoración de naturaleza política y toda sanción sobre el uso del poder discrecional del parlamento.¹

Ahora bien, originalmente, en el Estado de Derecho la resolución de los conflictos constitucionales podía efectuarse mediante una interpretación objetiva, “Derecho por reglas”, pues de alguna manera se hallaba resuelto el problema de los valores fundadores. Pero la misma evolución del Estado de Derecho, y la falta de una *auctoritas* universal, ha conducido a un auge de la interpretación subjetiva, del positivismo acrítico. A este tipo de interpretación indudablemente le acompaña una sombra de incertidumbre, dada la falta de un cuadro de principios de orientación y de valores compartidos. Vivimos en una época en la que se piensa que la “ductilidad constitucional” es la única posibilidad para los sistemas constitucionales, pues ellos “deben” su existencia a la coexistencia y al compromiso.² Esta es una consecuencia nada extraña a la lógica procedimental y relativista (Bin, 2007: 30) a la que derivó el *Rechtsstaat*. ¿Pero realmente está la solución en la revisión del concepto tradicional de soberanía en favor de la absolutización del pluralismo y, como consecuencia, en depositar en la interpretación su principio rector?

En definitiva, si se trata de un cambio de la Constitución propiamente dicho, se sobrepasa el ámbito originario de la interpretación. Esto parece ser algo en lo que todos estamos de acuerdo. Pero lo que aún no está del todo claro es si traspasar esos límites puede considerarse legítimo. En este punto, las discrepancias continúan. Los tribunales constitucionales deben guardar el equilibrio. De hecho, aquel debate sobre la relación entre la Constitución y soberanía mantenido por Schmitt y Kelsen, sobre el valor democrático del Tribunal constitucional, ha vuelto hoy a resurgir con las teorías negativistas y pluralistas.

Si bien es cierto que el Tribunal constitucional se derivó de la idea de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, de lo que entendamos por Constitución dependerán los alcances de la labor interpretativa. Es inevitable que surja de manera permanente el problema de la legitimidad y del poder constituyente, el cual no está vinculado por definición. Y aunque hasta el día de hoy, casi universalmente, el sistema constitucional está pensado sobre un concepto escalonado del sistema jurídico, hay que tener en cuenta que la Constitución es una realidad existencial. Se trata de un orden común que trasciende el “orden artificial” impuesto en la Constitución formal. Ahora bien: ¿puede un tribunal pretender ser mejor intérprete de la voluntad popular que un órgano electivo? Pero además, ¿está mejor capacitado un Tribunal constitucional que cualquier otro órgano estatal para percibir los valores realmente vigentes en el seno de la comunidad política? En estas dos preguntas podríamos centrar el entrecruce entre interpretación y reforma constitucional.

Ethos y telos en la estructura jerárquica del orden jurídico

Todo el torrente de las consideraciones anteriores, converge en señalar que la zona de indefinición del Derecho respecto de los alcances de la interpretación en el programa normativo de los preceptos constitucionales, desemboca en el problema de la legitimidad, que remite a su vez a la cuestión de la soberanía (Cfr. Mazzioti Di Celso, M. y G.M. Salerno, 2007: 513), y

que, precisamente por ello, atañe directamente al elemento político de la Constitución. La defensa de la Constitución, concretada a través de la interpretación constitucional, permite con frecuencia la toma de “decisiones soberanas” a un ente distinto del legitimado constitucionalmente. Ante esto aparece una pregunta, siempre abierta: ¿es este rumbo el correcto?

La primera objeción que se nos plantea ante ese dilema es si la permanencia del ordenamiento constitucional supone, tanto la existencia y subsistencia de un poder organizativo originario, como su misma regulación en el texto constitucional. La defensa de la Constitución no puede tomar un sentido “caprichoso”, sin una directriz que responda a un asidero mínimo incontrovertible (Rodotà, 1999: 16-17). Es decir, esa permanencia está relacionada, también, con el conjunto de elementos que constituyen las fuerzas políticas y los fines que inspiran la normativa constitucional y que configuran al régimen político, es decir, con los principios sobre los cuales se erige la Constitución, con las decisiones fundamentales tomadas por el pueblo que lo identifican como tal (Ibid:45). Por ello, como señala Mazzaroli, el Tribunal constitucional no es un órgano llamado a promover por propia iniciativa progresos o desarrollos del ordenamiento, pero al asumir decisiones que bien pueden ser, y son en muchos casos, discrecionales, deben siempre estar “ancladas” en la aplicación de las normas constitucionales (Mazzaroli, 2000: 190).

El recorrido que hemos hecho ha pretendido ir señalando un camino posible dentro del mismo sistema constitucional hacia la legitimidad. El diálogo que hemos mantenido intenta mostrar que lo político y lo jurídico en la vida constitucional, son ámbitos distintos pero hasta cierto punto inseparables y con una especificidad concreta. Se ha puesto también de manifiesto que la colisión de esos dos campos ocurre cuando se debe tomar una decisión de carácter político. Establecer un equilibrio es siempre una actividad política, aunque corresponda a una tarea dentro del curso de la actividad de juzgar. Esto conduce obligadamente a considerar el ejercicio de la valoración prudencial dentro del Estado constitucional.

Conviene aclarar que el criterio político no puede sin más identificarse con lo que la sociedad acepta en general, pues el político ha sido elegido

para orientar a la sociedad de un modo específico. De hecho, son posibles diferentes formas de gobierno, cuya perfección es relativa: dependerá de cada pueblo y de cada momento histórico.³ De modo que la voluntad general queda en parte sin determinar, y además está sujeta a cambios. Por ello, como decía Cicerón, conviene que exista un orden en la disposición de los asuntos políticos.⁴ Existe un extenso ámbito de autonomía donde existe variedad de opciones legítimas para organizar la vida social.

En este sentido, aunque su tarea no se agota en ello, podría decirse que el Derecho constitucional consiste en la ordenación de las competencias supremas de un Estado de quienes están llamados a ejercer el poder político; de conformidad con qué principios orgánicos; según qué métodos; con qué limitaciones (García-Pelayo, 1991: 19). Pero hemos visto también que el Derecho constitucional no consiste en la mera norma, se trata de la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad; las normas constitucionales expresan el modo de existencia política de un pueblo. Efectivamente, como señala García-Pelayo, quizá en ninguna esfera jurídica sea tan grande el abismo como es posible que lo sea en Derecho constitucional, entre la validez y la vigencia del Derecho, pues en ninguno desempeña tan amplio papel el poder normativo de lo fáctico y de las decisiones extralegales (aunque no necesariamente antilegales) (Ibid: 31).

Sin embargo, el desarrollo del Estado de Derecho llegó a trazar como ideal un orden jurídico pretendidamente fijo y objetivo, edificado sobre una racionalidad jurídica, abstracta y separada de lo político (Castellano, 2002: 63). Con ello se instauró como criterio de orientación la pretensión de querer sujetar lo político a los moldes racionales del Derecho. Y precisamente, como señala Böckenförde: El primado del Derecho (legal) frente a la política se presenta como un postulado que reaparece una y otra vez en la reflexión sobre el Estado de Derecho (Böckenförde, 2000: 44).

Este postulado lleva consigo la idea de que lo jurídico es sinónimo de orden, racionalidad y estabilidad, mientras que lo político es lo arbitrario, lo caprichoso, lo inestable. Así también, establece que todo orden común o social es, en cuanto orden, un orden jurídico, esto es, una realidad jurídica configurada por el Derecho. La influencia de la escuela vienesa, en este

sentido, ha sido decisiva. Sin embargo, conviene tener presente que, en general, la escuela lógico-normativa se ha limitado a un concepto de Derecho no necesariamente falso, pero sí reducido (Triepel, 1974: 52). Los ordenamientos jurídicos son sistemas de normas para una ordenada convivencia de los hombres, que se configuran de distinta forma según el tiempo y el lugar. De ahí que todo orden jurídico sea algo dado, un ser y, por tanto, su existencia no pueda comprenderse adecuadamente sin hacer referencia a las relaciones sociales que rige. Las normas jurídicas del deber ser manifiestan siempre las valoraciones universales y conciernen a objetos que se han considerado como medios para la realización de ciertos fines. Por ello, no es posible el conocimiento de las normas jurídicas sin conocer los fines que expresa el Derecho, es decir, los intereses cuyo reconocimiento, desaprobación o coordinación son la condición previa del ordenamiento jurídico, esto es, de lo político: “una total comprensión de las normas del Derecho público es absolutamente imposible sin la inclusión de lo político” (Triepel, 1974: 52-53). Pero no sólo del Derecho público, incluso la auténtica comprensión del Derecho obliga contemplar su relación con la política. Lo político necesariamente precede a lo jurídico y, en este sentido, la comunidad política responde a la exigencia de la integralidad de la naturaleza humana, en particular a aquella que la caracteriza, es decir, la exigencia de la racionalidad humana (Castellano, 2002: 55). Tal como advierte Cotta, sin duda, bajo ciertos aspectos, el Derecho está estrechamente relacionado con la política: no existe ente político alguno en el que no pueda registrarse la presencia del fenómeno jurídico (Cotta, 1987: 108).

Como he dicho antes, hay un *nomos*, un orden primero, que es forma sustancial: el orden político o de lo común. La Constitución constituye esa autodefinición colectiva que instituye un *nomos* concreto, de acuerdo con un *ethos* también específico. Esa autodefinición se hace por criterios de prudencia política y no primariamente de justicia. Sólo después de la determinación y configuración de la realidad común vendrá la reordenación, que configurará ese orden como un orden justo.

El dominio colectivo fundamental de una comunidad política es la posesión común de un espacio y el orden político es, fundamentalmente,

un orden del espacio (Schmitt, 1979: 20). Por eso el orden jurídico consiste en una proyección sobre cada uno de los miembros de la sociedad, de la posesión colectiva de un espacio y del orden de ese espacio. Así, en su realidad primigenia, el orden jurídico se origina como proyección del orden de lo común, espacio y tiempo, sobre cada uno de los miembros de la comunidad política.

Dicho de otro modo, el Derecho es la publicidad de un orden y la ley es manifestación de ese orden (Schmitt, 1979: 16). No es un deber ser abstracto, sino expresión de un orden. De hecho, gracias a la positivación de las normas jurídicas, los principios del Derecho resultan más fácilmente accesibles al reconocimiento y al consenso. Pero intentando ir a lo concreto, para aclarar la trascendencia de la distinción entre lo político y lo jurídico pensemos que el reconocimiento de los derechos fundamentales, bandera de batalla del Estado de Derecho, exige la defensa social frente a su lesión. Esto presupone aceptar la sociabilidad humana, la coexistencia y una mínima organización social, esto es, un orden común. Entonces, ¿es político el Derecho? No es posible asentir a esta cuestión; sin embargo, el Estado de Derecho consiste en ser la forma jurídica de la comunidad política y de su voluntad. Aunque el Derecho es forma pero no instrumento: garantiza la identidad supraindividual en un ordenamiento jurídico, expresión y fundamento de la comunidad política y de sus vínculos de unión, y de esa forma da unidad y estabilidad. De hecho, como afirma Sergio Cotta, el elemento político que forma parte de toda Constitución no es más que la traducción y consagración en normas jurídicas del tipo de régimen político propio de la comunidad, por lo cual forma parte del bien común político (Cotta, 1993: 55-56).

El hombre es un ser en relación. Coexistimos porque somos limitados (Alvira, 1998: 122). El Derecho intenta solucionar la falta de correspondencia plena entre el desarrollo efectivo de la vida ordinaria y las exigencias de perfeccionamiento de la naturaleza humana; es decir, hace posible esa coexistencia entre seres limitados. Posibilita el desarrollo personal, da seguridad y confianza a nuestras relaciones (Cotta, 1993: 35-48). Hemos visto también que, precisamente por esto, el Derecho se define como lo

justo. Por su parte, lo particular del valor político es ser común a un grupo humano, más concretamente al bien común real e histórico de una comunidad política que tiene una dinámica agregativa que se manifiesta en unos vínculos de solidaridad. La vida política tiene también sus reglas, que pueden, o no, ser formalizadas jurídicamente. Aunque sabemos que con la modernidad, el Derecho se ha convertido en la consecuencia deseada de la comunidad política y de su voluntad en orden a la auto-conservación:⁵ se establece un nuevo criterio de límites hacia lo político, pero se trata de uno de carácter procedimental (Castellano, 2002: 65).

La convivencia política no está por sí misma asegurada, de ahí que sea necesario el orden jurídico. Al igual que la política, el Derecho tiene una naturaleza relacional y vinculativa. La interacción entre ambos se da precisamente en la creación común de un *nomos*. El Derecho está referido a las exigencias existenciales de seguridad, cooperación y permanencia, y por tanto, conlleva también una racionalidad práctica. Se trata, como la política, de una forma coexistencial que, como tal, se sitúa *pro suo modo* (Cotta, 1987: 55-79). La política y el Derecho son modos de vida humana que se encuentran en el plano asociativo y que originan instituciones sociales. La política se refiere a la identidad supraindividual que agrupa a quienes conviven políticamente. En esta identidad supraindividual, del nosotros, desembocan factores materiales (ambiente geográfico, por ejemplo) y factores espirituales (lengua, por ejemplo), que dan a los individuos cierta familiaridad y un sentimiento de copertenencia: todo ello constituye un orden común.

El modo de vivir jurídico es la expresión de la toma de conciencia del orden político. De ahí que la racionalidad jurídica no pueda prescindir del orden común, precisamente porque sólo a partir de él tiene sentido sustituir las normas jurídicas. Ignorar esto hace decrecer el grado de legitimidad de un orden jurídico y, en consecuencia, también disminuye su eficacia. La Constitución, y el orden jurídico que nace de ella, dan forma a un orden político previo. Como dice Ollero, el Derecho se refiere a la justicia, pero está necesitado de un arraigo social; de hecho, habría que considerar verdadero Derecho, una autorizada *opinio iustitiae*, es decir, aquella regu-

lación que consista en un intento por lograr un ajuste de las relaciones sociales, que favorezca una convivencia realmente humana (Ollero, 2007: 167, 220. Este ajuste será viable en la medida en que podamos remitirnos a unas instancias capaces de servir de referencia a los conceptos de justicia que cada persona tiene, y a las expectativas de conducta ajena que de ello puedan resultar. En esto consiste el carácter del Derecho como autoridad. Es *opinio iustitiae* porque tiene autoridad tanto por su autopresentación formal como por sustentar los valores materiales que yacen tras la presunción de legitimidad que posee. A la sociedad corresponde ser la depositaria de esa *opinio iustitiae*, pero no por derivarse de una propuesta normativa, sino como manifestación ontológica de la realidad jurídica que ayuda al hombre a actuar conforme su propia naturaleza (Ibid.:221).

Ahora bien, aunque el pensamiento lógico-normativista ha evolucionado, sigue tratando de explicar desde el Derecho la realidad política. Prueba de ello es la progresiva juridificación de la vida social y la lectura de la vida social a través de un “lenguaje de derechos”. Esa progresiva juridificación ha hecho que la frontera entre lo político y lo jurídico apenas pueda distinguirse. Existe la necesidad de volver a trazar esa línea de separación. En primer lugar, se debe discernir si es correcta la determinación de que la racionalidad jurídica es eminentemente una racionalidad abstracta y separada, o implica, también, una racionalidad práctica. El darle un mayor peso a una u otra origina una *praxis* jurídica distinta. Por el rumbo que ha tomado la *praxis* de lo jurídico actualmente, a casi nadie le cuesta trabajo admitir que la racionalidad jurídica, además de formal y abstracta, es una racionalidad práctica. Precisamente en ello consiste la verdadera racionalidad jurídica. De hecho, la norma jurídica –*ratio iuris*, regla o estatuto del Derecho– procede de la razón práctica y no de la razón especulativa. Es una regla de la actividad humana, pues se encuentra referida a la organización y estructura de la vida social. Por eso, unas veces se manifiesta como consecuencia de una técnica o arte y siempre como manifestación de la prudencia.

Como dice Hervada, si el Derecho es una regla prudencial y no una regla lógica, quiere decir que el ordenar y medir las acciones humanas jurídicamente se deduce a partir de la realidad social concreta, por el

razonamiento prudencial o práctico. Establecido lo anterior, habrá que decir que la ley es norma jurídica, porque, ella es fuente y disposición del Derecho. Su cumplimiento es lo propio de la justicia legal, señala el grado y forma de cumplir con el deber ciudadano, de procurar el bien común. Aquí hay una doble implicación: primero, el cumplimiento de la ley es derecho de la sociedad ante el *citoyen*, y lo debido por éste a aquélla. Precisamente en esta correspondencia se encuentra el orden político que precede al orden jurídico. La segunda es la función de ordenación de la vida social que tiene la ley. Ella puede ser causa y medida de derechos en las relaciones de justicia conmutativa y de justicia distributiva. Es decir, las leyes cumplen una función esencial en la modelación y organización de la sociedad (Hervada, 2008: 361-375).

La misma convivencia social exige unos límites racionales, una forma, para que la actividad de uno no dificulte de modo injusto la de los otros. Por ello, toda ley, sin llegar a suprimir la libertad, disminuye la indeterminación social.

Efectivamente, la libertad social es el sometimiento a la ley y no a una voluntad personal. Como señaló d'Ors, el problema aparece cuando la ley no es un postulado de razón, sino que contiene un determinado ingrediente de pura voluntad del que la impone. Es entonces cuando se juridifica la vida social. La acumulación de este tipo de leyes-medida constituye una verdadera amenaza de la libertad, como es el caso en muchos países de nuestro mundo contemporáneo. Son una amenaza porque están dirigidas a restringir nuestra elección por razón de convivencia o de ajuste técnico. Es una característica del mundo moderno, de masa tecnificada, la de que aquella libre elección de comportamiento social se ve cada día más coartada, hasta el punto que cabe preguntar si realmente no se llega a suprimir la libertad social (d'Ors, 1979:206-207).

Hay cuestiones de carácter político que progresivamente han pasado a la esfera de lo jurídico, pero a nadie escapa que no pertenecen *stricto sensu* a ese ámbito. Su verdadera pertenencia corresponde al ámbito de lo político. La “camisa de fuerza” que se ha querido imponer a lo político es lo que ha permitido ese proceso de juridificación, que es, a su vez, una

politización del Derecho. Se ha sometido al Derecho a una instrumentalización política y a una cierta trivialización moral (Castellano, 2002: 67, 92, 122). Esto se manifiesta en la transformación de lo jurídico como un mecanismo de dirección y planificación de lo cotidiano. De esto resulta una alteración de las premisas básicas del Derecho. La discusión acerca de la forma de lo común pertenece a lo político, mientras que la que recae sobre la medida de lo propio corresponde al campo de lo jurídico. Se trata de una decisión política y no de una determinación de lo justo, esto es, de un derecho. Antes se ha apuntado que el Derecho es forma pero como advirtió Radbruch, no se trata de una forma en la que se pueda “oprimir” la materia de las relaciones sociales: el Derecho es la forma que toma esa materia (Radbruch, 1930:41).

Ahora bien, aunque la ley consiste en la ordenación de la sociedad, un *ordo rationis*, no hay que olvidar que el principio de orden de cualquier ente es la finalidad. Tradicionalmente, al fin propio de la sociedad humana se le llama bien común. Por su misma naturaleza, no es posible hacer una descripción detallada de en qué consiste el bien común, del mismo modo que es imposible instaurarlo monolíticamente. Toda sociedad humana tiene una finalidad, que constituye un bien: el conjunto de ventajas y beneficios que la comunidad política obtiene y aporta a los hombres. Esto puede comprenderse bien al mirar el bien común de la paz. Efectivamente, la libertad política, es decir, los bienes particulares que buscan los miembros de la sociedad, únicamente puede configurarse desde una idea de bien universal: el bien común (Herrero, 2006: 135). Por ello el bien común no es el propio de cada hombre concreto. Esto significa que el bien propio sólo es posible, en la mayor parte de los casos relevantes para la vida del hombre, como una parte de un bien común: de ahí que el bien propio sea el bien común. Únicamente en la comunidad política se manifiestan los bienes humanos universales: sin ellos no es posible asegurar los bienes públicos, ni los bienes privados que permiten el ejercicio de la libertad. Pero la comunidad política no debe ni promoverlos ni forzarlos, aunque sí ha de respetar y hacer posible su representación. Precisamente por ello, el bien común excede la esfera de los derechos y de los deberes jurídicos de los

ciudadanos (Castellano, 2002: 108): el Derecho es parte de ese bien común. Aunque su definición pertenece a lo político. Lo jurídico se encuentra condicionado por lo político, es un antecedente necesario de su eficacia. De hecho, las leyes que se refieren al bien común político, que establecen el contenido común de la comunidad política, son leyes políticas.

Ahora bien, la insuficiencia de la supremacía formal de la Constitución es hoy en día una realidad evidente. La normatividad jurídica, *per se*, no puede definir el concepto de Constitución porque necesariamente debe referirse a la idea de la normalidad, que es la que proyecta la idea de supremacía material. Se observa una tendencia a que el concepto de Constitución configure una realidad englobadora de los procesos reales, de conciliar la Constitución formal con la Constitución material (García-Atance, 2002: 38). Esto es así aunque con frecuencia, se da una total discrepancia entre los preceptos constitucionales y su aplicación en la vida política.

La función de la Constitución material, cualquiera que sea el tipo de ordenamiento que structure, tiene como fin la estabilidad de la forma del Estado, es decir, tiene una exigencia de conservación. La permanencia de la Constitución no depende de factores aislados, es más bien una relación condicional a su contenido esencial. Esto significa que está referida, al conjunto de elementos formados por las fuerzas políticas y los fines de los que es portadora, que son los que inspiran el complejo normativo y estructuran al sistema político y del que, ya sea de modo tácito o expreso, se desprenden los principios que sustentan el ordenamiento constitucional (García-Atance, 2002: 53).

La invasión de la interpretación a la esfera de la reforma constitucional se hace cuando “se interpreta” alguna parte del contenido “existencial” de la Constitución. Desde luego, esto es algo difícil de evitar cuando, como advierte Kelsen, el reclamo político-jurídico de garantías de la Constitución responde al particular principio de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho (Kelsen, 1995: 4).

Podríamos decir con Leibholz que, tratándose de la Constitución de un ‘Estado de Derecho’, la presunción está en pro y no en contra de la facultad de los jueces de apreciar la constitucionalidad de las leyes [...]. En una

Constitución democrática, la misión fundamental del juez consiste en velar por que el legislador se mantenga dentro de los límites de la Constitución y, por consiguiente, del principio de igualdad (Leibholz, 1964: 32).

Pero este derecho de los jueces a valorar la Constitución debe tener límites, aún dentro de la misma lógica del Estado de Derecho. Las decisiones de equidad que el poder legislativo debe tomar, dentro de los límites fijados por la idea del Derecho, son decisiones de libre voluntad que abren un amplio espacio a las consideraciones de “oportunidad”. Mientras esas libres decisiones puedan ser tomadas, no puede admitirse una valoración judicial. Únicamente es posible el correctivo jurisdiccional cuando la libre voluntad legislativa sobrepase esas delimitaciones y actúe de un modo arbitrario y abusivo. De lo contrario, la interpretación constitucional eliminaría las fronteras que existen entre el poder legislativo y el poder judicial, y haría de los jueces, legisladores. Esta distorsión sería opuesta al Estado democrático contemporáneo, por cuanto es a las instituciones legislativas, y no a los jueces, a quienes corresponde tomar las decisiones ordinarias obligatorias para toda la comunidad política (Ibid.). La cuestión se torna aún más discutible cuando, como venimos viendo, se trata de decisiones políticas fundamentales. El peligro inminente es, en palabras de d’Ors, que “si se pretende controlar lo político con la intervención de los jueces, es inevitable que los jueces se contaminen de la polémica política en torno al gobierno del que depende la ejecución de las sentencias” (d’Ors, 1999: 39).

Todas estas consideraciones nos van conduciendo hacia una interrogante que no terminamos de responder, ¿realmente es posible la anhelada neutralidad en la interpretación cuando se trata de asuntos que versan sobre esa parte existencial de la Constitución?

Forzosamente, es una decisión lo que pone fin a los conflictos constitucionales. Toda decisión implica una elección entre varias posibilidades. Una decisión del Tribunal constitucional sienta la aplicación de un principio constitucional, pero otras veces puede incluso cambiar o determinar, en un sentido nuevo, la disposición constitucional en disputa. En este segundo caso, para su legitimación se apela a la neutralidad. Pero en realidad, la

casi inalcanzable actitud neutral solamente señala que el problema de legitimidad no está plenamente resuelto. El “destierro de la arbitrariedad” parece permanecer nada más que como un ideal al que hay que encaminarse.

Parece ser que si se trata de un cambio de la Constitución propiamente dicho, se sobrepasa el ámbito originario de la interpretación, es algo en lo que todos estamos de acuerdo; pero lo que aún no está del todo claro es si traspasar esos límites puede considerarse legítimo. En este punto, las discrepancias continúan.

El elemento político de la Constitución demanda continuamente un cierto “acomodamiento” entre la normatividad y la normalidad. Existe una tensión propia que caracteriza a la superlegalidad constitucional, especialmente como se ha señalado, en las normas de carácter indeterminado. Ante las dificultades que algunas veces se presentan para la actualización de las normas constitucionales a través de la reforma, la interpretación constitucional ha asumido el papel de no hacer prisionera a la dinámica propia de la Constitución. Sin embargo, no deja de ser discutible la legitimidad de este protagonismo de la interpretación.

Un sistema constitucional abstracto no puede ser menos que algo irreal. La parte existencial presente en todo orden constitucional exige, por su misma naturaleza, que la norma y la dirección de la acción política puedan manifestarse correctamente. Por ello no es posible una “iguación matemática universal” de los sistemas constitucionales. La solución para establecer un ordenamiento jurídico eficaz que garantice el desarrollo integral de los pueblos no está, como todavía hoy se continúa creyendo, en la subordinación de toda determinación común a los moldes de lo jurídico para dar a la actividad política una valoración objetiva. Incluso el mismo desarrollo del constitucionalismo, de forma particular la misma jurisdicción constitucional, acusan la imposibilidad de ese anhelo. Esta apuesta de sustitución de lo político por lo jurídico, lejos de otorgar a lo político la profunda racionalidad de lo jurídico, va en detrimento de la misma racionalidad del Derecho, pues la priva de la razón práctica que le es propia a lo político. La juridificación no es más que una oscura guía cuya ceguera marca un itinerario hacia la ambigüedad teó-

rica y práctica (Castellano, 2002: 126). Por más que queramos, no podemos tener un *nomos* que consista en una ficción lógica, independiente del espacio y del tiempo.

Todo esto nos lleva a reafirmar lo que hemos venido diciendo antes. Existe un antecedente necesario e ineludible al orden jurídico en el orden político: la configuración jurídica resulta de la toma de decisiones políticas esenciales que, en definitiva, consisten en la elección de una entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad política. Efectivamente, las decisiones políticas fundamentales consisten en las resoluciones de la comunidad política que son decisivas en la configuración presente y futura de esa comunidad (Loeweinstein, 1965: 63).

La Constitución y el orden jurídico que deriva de ella, en cuanto que rige a la comunidad política, es un orden jurídico público que comparten todos los miembros de la comunidad política. Comprende la determinación del Derecho en lo privado, en las instituciones, de acuerdo a su modo de integración en la sociedad. El fundamento del orden jurídico está en su doble naturaleza, positiva y normativa, social y general, y precisamente por ello, el Derecho se determina como el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común. Pero tal como se ha señalado, esa determinación conceptual no es de naturaleza jurídica, sino pre-jurídica (Radbruch, 1933:49).

Pero además de ser un dato prejurídico, la prudencia política forma parte de su racionalidad. Del mismo modo que la racionalidad política, la racionalidad del Derecho en cuanto racionalidad práctica reclama el reconocimiento del carácter integrador de la vida social: se encuentra modelada también por el imperio de la prudencia política. En otras palabras, únicamente en su condición política encuentra el Derecho el fundamento de su completa racionalidad y determinación. Para determinar lo justo, el derecho de cada ciudadano, es obligado saber qué poseemos políticamente, qué es lo que se ordena al bien común de la comunidad política. La misma legitimidad del orden constitucional reclama la integración de esta parte existencial; de ahí la necesidad de redescubrir la tarea prudencial en su auténtica dimensión.

La ley política como definición de lo común es anterior a la ley jurídica como definición de lo justo. Es decir, la definición de lo que somos en común es condición de lo que en consecuencia corresponde como propio a cada uno. En este sentido, la Constitución como institución de instituciones es el fundamento de la determinación de las competencias y limitaciones del ejercicio del poder político. La determinación política depende de razones políticas, referidas al bien común político, y no de razones jurídicas: es una determinación que corresponde a la prudencia y no a la justicia.

Ahora bien, la existencia de un orden político quiere decir que lo común se encuentra definido de forma habitual y estable, que se encuentra estructurado con instituciones firmes y consistentes:

Todos los sistemas políticos están montados necesariamente sobre determinadas instituciones e ideologías [...]. Las instituciones son, por lo tanto, todos los elementos o componentes de la maquinaria estatal, es decir, en nuestros días, el gobierno, el parlamento, los tribunales de justicia, la administración pública, la policía y los partidos políticos. Por otro lado, las ideologías son los valores y los sistemas de valores que dan sentido a las instituciones y determinan su *telos* (Loewenstein, 1965:30).

Pensar que el Estado de Derecho consiste en ordenar lo político mediante el Derecho es una idea confusa y contradictoria.

Ahora bien, como todo orden político, el Estado de Derecho representa una forma específica de autolimitación del poder político. Aquí el poder político se autolimita constituyendo otro poder, el poder judicial. Se cede en otra instancia tanto la competencia sobre el juicio acerca de lo justo, como la capacidad de ejecutar ese juicio sin mediación de la decisión de otro poder. El Poder Judicial constituye un poder porque su intervención, además de la emisión de un juicio fundado y experto sobre lo que corresponde como suyo a los *citoyen* que forman parte de la sociedad, consiste en una decisión revestida de eficacia pública, que se impone igualmente sobre la voluntad de los destinatarios del poder y los detentadores del poder.⁶ En el *Rechtstaat*, el poder político, que tiene la competencia sobre la determinación del

orden de lo común, está sujeto en lo que se refiere a la justicia de su actuación a un juicio externo y eficaz, esto es, a la decisión del poder judicial. Es éste el que tiene la competencia sobre la definición de la medida de lo propio. Sin embargo, en los casos en los que el poder político no está sujeto a ese juicio, el establecimiento de esa sujeción es un cambio político y no un cambio jurídico.

Esa forma de justicia implica por sí misma dificultades, porque sus juicios nunca podrán consistir en abstracciones; el *telos* de una comunidad jurídica hace referencia a lo existencial y no puede concebirse solamente en un plano meramente teórico (Schmitt, 1998: 65).

Conclusiones

Todo conflicto constitucional, con frecuencia, es de carácter político. Este tipo de conflictos exige una decisión. Para solucionar las controversias que su propia normativa puede suscitar en el diario vivir, la superlegalidad constitucional ha previsto mecanismos de reforma constitucional y la interpretación constitucional. La ausencia de límites en la interpretación constitucional se explica porque ella fue instaurada para cumplir una función de protección. Sin embargo, la naturaleza política de las normas constitucionales, así como la ambigüedad e indefinición de algunas de ellas, ha convertido la labor de los jueces constitucionales en decisores fundamentales en las controversias constitucionales, llegando a modificar incluso el programa normativo de los preceptos constitucionales. La necesidad de hablar de límites en cuanto a la conservación o cambio de las decisiones políticas fundamentales va más allá de un argumento de carácter formal. Hace referencia a la legitimidad de esas decisiones. Una vez reconocida la necesidad de permanencia de ciertos valores identificativos, también hay que reconocer que en las constituciones escritas, como instrumentos de manifestación de voluntad, sea por imperfección o por crisis políticas, reaparece siempre la cuestión de si es necesario conservar la identidad de la declaración de la voluntad soberana indemne a los cambios y las innovaciones del mundo real.

Pero discutir sobre el elemento político en la Constitución no significa invalidar su contenido racional como norma, sino descubrir la necesidad de contar también con el elemento de la decisión, parte integrante de toda teoría del Derecho y de la teoría política.

La Constitución incorpora el *telos* y el *ethos*, la ética y la intencionalidad, de una comunidad política determinada, es decir, el fundamento cultural y espiritual que comparten sus ciudadanos. Pero la normatividad no es capaz por sí misma de encerrar de manera hermética el elemento existencial, que invariablemente buscará escapar de los contornos normativos por su misma dinámica. ¡No es posible escapar de la política! Ella siempre se manifiesta; pretender eliminar la contingencia del sistema constitucional es una ilusión: política y derecho interactúan inevitablemente. Por tanto, al orden jurídico acompañarán siempre por derivación de su propia *Lex fundamentalis*, principios y valores en un sentido constitucional, es decir, en el sentido de los valores compartidos que constituyen a un pueblo, pero que además parten de un dato, la naturaleza del hombre y de la esencia de la comunidad política que pretende regir. El Derecho responde a las necesidades de seguridad y cooperación, por tanto es una realidad dinámica pero que a su vez está regida por principios inmutables dictados por la dignidad humana; en ella encuentra sus límites y criterios axiológicos.

NOTAS

- 1 L.M. 87/1953, artículo 28. Traducción propia. En este sentido véase, entre otros, Mazzioti Di Celso, M., y G.M. Salerno, 2007: 511.
- 2 Véase entre otros, Zagrebelsky, 2005:14 y ss.
- 3 d'Ors, A., "Introducción", en Cicerón, 1984:22.
- 4 Así lo dice Cicerón: "Conviene que haya en la república algo superior y regio, algo impartido y atribuido a la autoridad de los jefes, y otras cosas reservadas al arbitrio y voluntad de la muchedumbre" (Cicerón, 1984:83).
- 5 A propósito de esto véase Cotta, 1993: 74.
- 6 Expresiones que utiliza K. Loewenstein para llamar a gobernados y gobernantes en su *Teoría de la Constitución*, 1965:26.

REFERENCIAS

- Alvira, Rafael, 1998, *La razón de ser hombre. Ensayo acerca de la justificación del ser humano*, España: Rialp.
- Bin, Roberto, 2007, “Che Cos’è la Costituzione?”, *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di Diritto Costituzionale*, 1/2007, Anno XXVII, n° 1 (marzo), pp. 11-52.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang, 2000, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid: Trotta.
- Castellano, Danilo, 2002, *La verità della politica*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, de La Crisalide.
- Cotta, Sergio, 1993, *¿Qué es el Derecho?*, Madrid: Rialp.
- Cotta, Sergio, 1987, *El Derecho en la existencia humana*, Pamplona: Eunsa.
- Cicerón, Marco Tulio, 1984, *Sobre la república*, España: Gredos.
- d’Ors, Álvaro, 1999, *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Madrid: Cuadernos Civitas.
- d’Ors, Álvaro, 1979, *Ensayos de teoría política*, Pamplona: Eunsa.
- Estévez Araujo, José, 1994, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid: Trotta.
- García-Atance, María Victoria, 2002, *Reforma y permanencia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Pelayo, Manuel, 1991, *Derecho Constitucional comparado*, Salamanca: Alianza.
- Hervada, Javier, 2008, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona: Eunsa.
- Herrero, Montserrat, 2006, “Qué puede significar ‘bien común’ en la sociedad pluralista contemporánea” en: *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. IX, 1/06, pp. 127-140.
- Hesse, Konrad, 1983, *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Kägi, Werner, 2005, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho constitucional*, Madrid: Dykinson.
- Kelsen, Hans, 1992, *¿Qué es justicia?*, Barcelona: Ariel.
- Kelsen, Hans, 1995, *¿Quién deber ser el defensor de la Constitución?*, Madrid: Tecnos.
- Loewenstein, Karl, 1965, *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel.
- Leibholz, Gerhard, 1964, *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*, Madrid: Civitas.

- Mazzarolli, Ludovico A., 2000, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padua: CEDAM.
- Mazziotti Di Celso, Manlio / Salerno, Giulio M, 2007, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Padua: CEDAM.
- Mirkine-Guetzévitch, Boris, 1934, *Modernas tendencias del Derecho constitucional*, Madrid: Reus.
- Ollero, Andrés, 2007, *El derecho en teoría*, The Global Law Collection, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Pace, Alessandro, 2002, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padua: CEDAM.
- Pace, Alessandro, 2001, “Metodi interpretativi e costituzionalismo”, *Quaderni costituzionali, Rivista di Diritto costituzionale*, 1/2001, Anno XXI, n° 1, pp. 35-62.
- Pizzorusso, Alessandro, 1999, *La Costituzione ferita*, Bari: Laterza.
- Radbruch, Gustav, 1980, *El hombre en el Derecho*, Buenos Aires: Depalma.
- Radbruch, Gustav, 1933, *Filosofía del derecho*, Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Radbruch, Gustav, 1930, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Madrid: Revista de derecho privado.
- Rodotà, Carla, 1999, *Storia della Corte Costituzionale*, Roma: Laterza.
- Ruggeri, Antonio, 2007, “Teorie e ‘usi’ della Costituzione”, *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di Diritto Costituzionale*, 3/2007, Anno XXVII, n° 3 (settembre) pp. 519-539.
- Ruggeri, Antonio, 2008, “Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione”, *Giurisprudenza costituzionale*, Anno LIII (Luglio-agosto), pp. 3603-3634.
- Schmitt, Carl, 1998, *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos.
- Schmitt, Carl, 2003, *Teoría de la Constitución*, Salamanca: Alianza.
- Schmitt, Carl, 1979, *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Triepel, Heinrich, 1974, *Derecho público y política*, Madrid: Civitas.
- Zagrebelsky, Gustavo, 2005, *Historia y Constitución*, Madrid: Mínima Trotta.
- Zagrebelsky, Gustavo, 2005, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.
- Zagrebelsky, Gustavo, 2005, “La Corte in-política”, *Quaderni costituzionali: Rivista di Diritto costituzionale*, Anno XXV, n° 2, pp. 273-282.