

jurídica, por la constitución como acto administrativo. Durante todo el Medioevo y más adelante no encontramos ningún rastro de esta acepción; lo que se confirma en las referencias que se hacen a Cleerón en los siglos XV y XVI, en donde su *constituitio* se entiende como *status publicus* y *status respublicae*. En definitiva, no existe un punto desde la *constitutio* de Cleerón a nuestra palabra *constitución*. La era de Cromwell y los años del Protectorado (1649-1660) fueron, para los ingleses, el tiempo «constituyente» por excelencia. En aquellos años los intentos para formular (dijimos nosotros) una constitución escrita se repitieron; pero en ninguno de los documentos en cuestión se habla de «constitución»; en cambio se dice *covenant*, *instrument*, *agreement*, *fundamental law*. Y, por lo tanto, cuando se comenzó a hablar de «constitución» en el contexto del constitucionalismo del siglo XVIII este término era ya desde hacía un largo tiempo un término vacante preferido precisamente porque estaba disponible para el significado *ad hoc* que le fue asignado.

Quiénes escriben la historia del constitucionalismo se refieren a la *Magna Carta* y sobre todo a su evolución inglesa. Los nombres más recurrentes a partir del 1200 son los de Bracton, Fortescue, Coke, Locke, Bolingbroke, Burke y Blackstone. A partir de Bolingbroke (1680-1751) también los ingleses usaron cada vez más la palabra *constitución*. Sin embargo, la victoria del término *constitución* sobre todos los demás (Burke usaba todavía conjuntamente *constitution*, *commonwealth*, *pact*, *frame*) fue decidida por los americanos en los años 1776-1787, y continuó creciendo por la Revolución Francesa. Si deseamos una caracterización concisa y precisa del concepto es necesario huscarla en el artículo 1.º de la Declaración Francesa de Derechos de 1789: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes no está definitivamente determinada no tiene una constitución»; o bien en Paine, que en 1791-92 escribió: «un gobierno sin una constitución es un poder sin derecho (*power without right*)».

Paine dice lo que los constitucionalistas ingleses no dicen y por lo tanto gustan contradecir. Su gran satisfacción es la de hacer notar a los extranjeros (comenzando por Montesquieu) cómo se equivocan en la interpretación del sistema inglés. Ciertamente Montesquieu y sus sucesores «racionalizaron» un constitucionalismo construido a trozos y a bocados sin un diseño previo. Evidentemente, nos hemos equivocado con frecuencia. Pero hay una polémica similar superflua en el énfasis con el que los constitucionalistas ingleses subrayan que en su constitución el Parlamento es *legibus solutus*, está dotado de poder ilimitado y discrecional, y es, por lo tanto, omnipotente; o en la afirmación de que, según el significado americano y francés

¹ Véase, contra, G. Muddox, «A Note on the Meaning of Constitutions», *American Political Science Review*, diciembre 1942, pp. 805 y ss. Mi respuesta es rebatida por Muddox, también en la *American Political Science Review*, junio 1944, pp. 1071-1071.
² Véase Induce y M. A. Hayes a título de *The Constitution of Liberty* Londres, Routledge & Keegan, 1961, así: «La constitución americana es el constitucionalismo». Esta desposesión es excesiva (aunque, veremos, no innecesaria). Para reequilibrar, cfr. la antología, editada e introducida por N. Muller, *Constitutionalism in England*, Bohemia, Il Mulino, 1962.
³ En 1789 los franceses le otorgaban una caracterización extrema (influida por la división de poderes de Montesquieu). Por otro lado, el artículo 1.º refleja exactamente la *ineficiencia* de la *constitución* de los Estados Unidos. Para Paine véase *Rights of Man*, II, cap. 4: «On Constitutions». El párrafo está en la p. 177 de sus *Basic Writings*, N. York, Wiley Book Co., 1942.

00 2

del término, el Reino Unido no posee una constitución³; o en la afirmación de que el sistema británico está basado no en la «división», sino en la «fusión» de los poderes⁴; o bien en la afirmación de que «puesto que Gran Bretaña no tiene una constitución escrita, ésta no prevé ninguna protección especial para los derechos fundamentales»⁵. Y así sucesivamente. ¿Es todo cierto? ¿Es verdaderamente así? Veamos.

Tomemos, por ejemplo, el principio de la omnipotencia del Parlamento. Este principio fue teorizado por Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England* (1765-69), pero no por Locke, y tampoco por el gran constitucionalista del siglo pasado, por Coke; y fue radicalmente contradicho por Bolingbroke⁶. Debemos también fijarnos en las circunstancias históricas en las que se afirma este principio y además, tener presente el hecho de que, en la terminología legal inglesa, el Parlamento se refiere al Rey, a los Lordes y a los Comunes que operan conjuntamente como cuerpo supremo gobernante del reino. De este modo, la omnipotencia del Parlamento presupone que los tres cuerpos, separados y presuntamente discordes, se pongan de acuerdo. Por lo tanto, cada uno de los tres cuerpos es, por sí solo, impotente de lo que se deriva que la sustancia de la afirmada omnipotencia es, por el contrario, una estructura que limita el poder. Por otro lado, históricamente hablando, el principio de la supremacía del Parlamento se opone al principio de la supremacía de la Corona, y lo que verdaderamente significaba —cuando se afirmó— es que el Rey no tenía poder fuera del Parlamento, que sus prerrogativas podían ejercitarse únicamente según la fórmula del *King in Parliament*, del Rey en el Parlamento. Y si las cosas son así, entonces es Bagehot quien exagera cuando afirma que «una nueva Cámara de los Comunes puede despoticamente... decidir»⁷. En realidad, se afirmado despotismo (potencial) del Parlamento inglés reside sobre todo en el hecho de que una constitución no escrita (no recogida en un único texto homogéneo) es por ello misma una constitución altamente flexible.

Bien mirado, entonces, lo que más divide al constitucionalismo inglés del europeo y del americano no es tanto la diferencia entre el tener o no tener una carta (un único texto escrito), sino el gusto por el *understatement*, por el declamatorio, unido al gusto (sutilmente polémico) de exhibir las virtudes inglesas de la constitución en lugar de sus virtudes constitucionales. Mientras que los constituyentes americanos, franceses y después todo el constitucionalismo europeo del siglo XIX han leído sus propias cartas constitucionales en clave normativa —como textos que decían a los poderosos *no puedes*—, el constitucionalismo inglés se complacía en ser friamente realista y, de este modo, en dirigirse al legislador diciéndole *podrías* (si

³ Cfr., entre otros, K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, Londres, Oxford University Press, 1960, p. 21.
⁴ Cfr., por ejemplo, W. Bagehot, *The English Constitution*, cap. II.
⁵ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, Londres, University of London Press, 1959(5), p. 40.
⁶ Incluso la interpretación de Burke no es ciertamente la de Blackstone. En el *Speech on Reform of Representation* de 1782 éste escribía: «En nuestra Constitución... yo me siento tanto libre, como no de forma peligrosa para mí y para los demás. Yo sé que ningún poder en el mundo, mientras yo me comporte como debo, puede afectar a mi vida, a mi libertad, a mi propiedad personal». En cuanto a Coke, para él contaba sobre todo la *common law*.
⁷ Bagehot, *The English Constitution*, cit., cap. VII. La cursiva es mía.

Capítulo 1 CONSTITUCION

Sartori

1º PARCIAL GIROTTI

En este escrito mantendré que el término constitución que pertenece al constitucionalismo es exclusivamente moderno: que ha sido comprendido al menos durante un siglo y medio con un significado concreto de garantía, que el positivismo jurídico y la definición «formal» de constitución han deformado su significado y destruido su razón de ser, y, finalmente, que la patria del constitucionalismo, Inglaterra, es al mismo tiempo el país que peor lo defiende y define.

La palabra constitución proviene del latín *constitutio*, que, a su vez, proviene del verbo *constituere*: instituir, fundar. El verbo era de uso corriente. Por el contrario, su sustantivación no formaba parte del lenguaje ordinario y fue adquiriendo progresivamente, en la evolución de la terminología jurídica de los romanos, unos significados técnicos. Es necesario, por lo tanto, distinguir claramente el verbo y la utilización común de la *constitutio* y los significados especiales del sustantivo. En el año 82 a. de J. C., Silla se convierte en *dictator reipublicae constituendae* (dictador para refundar, podríamos decir, la república), y en el 27 a. de J. C., Augusto es investido, a su vez, con el poder *reipublicae constituendae*. Por lo tanto, encontramos aquí el verbo adoptado para acontecimientos de gran envergadura; pero de estas *constituendae* no se deriva ninguna aportación a la *constitutio* (en su significado técnico). En el derecho público romano la *constitutio* y las *constitutiones* eran, sobre todo, los *edicta* y los *decreta*, y, por lo tanto, las «decisiones» (obsérvese, no las *leges*) promulgadas por el emperador. La lógica de la denominación es ésta: cuando algo es establecido por medio de las decisiones de una magistratura, entonces es una *constitutio* (es decir, ha sido instituido por ésta). Es cierto que Cicerón usó *constitutio* para indicar la «forma» de la ciudad¹, por lo tanto con un significado que encontramos en nuestro tiempo. Pero la acepción ciceroniana es sustituida por

¹ De Re Publica, I, 45, 69.

ú quisieras, podrías hacer todo lo que desearas). ¿Qué es la «constitución»? Wheare y Jennings responden típicamente a todos: la constitución inglesa es el «conjunto de reglas legales y no legales que establecen las reglas que disponen la composición, los poderes y los métodos procedimentales de los principales órganos de gobierno»¹⁰. Muchas gracias. En la misma medida podemos definir, *mutatis mutandi*, el código de la circulación. Si el constitucionalismo de nuestro siglo busca la luz en Inglaterra, se quedará ciertamente en la oscuridad.

A pesar del «no decir» (o peor) de los ingleses, es evidente que la historia del constitucionalismo (aquí incluso la del británico) revela que durante mucho tiempo el concepto de constitución ha sido claro y el mismo para todos. Ya he citado a Paley y la Declaración Francesa de los Derechos de 1789. Es necesario recordar ahora el *Federalist* (1787-88), a mi juicio el único mayor clásico de todo el constitucionalismo. Finalmente, en aquellos años, en el curso de la experiencia revolucionaria, estaba formándose Benjamin Constant (1767-1830), cuyo *Cours de Politique Constitutionnelle* de 1818-20 corona y concluye la evolución «clásica» del constitucionalismo¹¹. Ahora bien, en este momento estaba claro en ambas orillas de la Mancha y del Atlántico lo que se pedía a una «constitución» y por qué en 1830-31 y en 1848 todos estaban pidiendo constituciones. Constant hablaba para todos cuando escribía en 1815: «Digo desde hace tiempo que al igual que una constitución es la garantía de la libertad de un pueblo, todo lo que pertenece a la libertad es constitucional, mientras que no hay nada de constitucional en lo que no le pertenece»¹². Si en Inglaterra «constitución» significaba el sistema de las libertades británicas, *mutatis mutandis* los europeos querían exactamente la misma cosa: un sistema de «libertad protegida» para cada individuo que —siguiendo el uso americano del vocabulario inglés— ellos llamaban «sistema constitucional». Al tener que partir de cero, los pueblos del continente (tal y como habían hecho los americanos por primera vez) querían un documento escrito, una carta, que estableciera firmemente la suprema ley del país.

También los ingleses, sin embargo, habían recurrido ocasionalmente a documentos escritos particularmente solemnes: la *Magna Charta*, las *Confirmation Acts*, las *Petitions of Rights* de 1610-1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, la *Bill of Rights*, el *Mutiny Act*, la *Toleration Act* (todos ellos de 1689), el *Act of Settlement* (1701). El hecho de que estas Actas no estén todas fundidas en un único texto no significa que la constitución inglesa sea totalmente no escrita: en parte lo es y en parte no. Además, los ingleses se pueden permitir el lujo de seguir con una constitución «incompleta» (desde el punto de vista de su formulación y de su certeza escrita) porque está complementada por la *rule of law*. Si no se puede aceptar la tesis de Dicey de que la constitución inglesa «deriva» del derecho de los jueces, sigue siendo verdad que ésta está totalmente integrada, alimentada y sostenida por

¹⁰ K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, cit., p. 2; e I. Jennings, *The Law and the Constitution*, cit., p. 33.

¹¹ Pompeo Blondi resume felizmente a Constant de este modo: «La constitución, es decir, la legalidad impuesta al poder». Véase P. Blondi, «La Política di Constanti», *Studi Politici*, septiembre 1953-enero 1954, p. 309 y *passim*.

¹² B. Constant, *Principes de Politique*, París, 1815, «Avant-Propos».

la *rule of law*. Sea como sea, una constitución totalmente codificada en un único documento es simplemente un *medio*. Lo que realmente importa es el fin, el *telos*. Y el objetivo originario del constitucionalismo inglés, del americano y del europeo es idéntico.

Si el vocabulario inglés no hubiese rechazado hasta hoy el importar el vocablo (otra paradoja) este objetivo común habría podido ser expresado y sintetizado en una sola palabra: *garantismo*¹³. Es decir, en todo Occidente los pueblos pedían una «constitución» porque este vocablo significaba para ellos una ley fundamental, o una serie fundamental de principios, paralelos a una cierta disposición institucional, dirigida a delimitar el poder arbitrario y a asegurar un gobierno limitado. Se entiende que las técnicas del garantismo son diversas (cartas de derechos o no, control judicial o no, cuánta y cuál separación de poderes, etc.)¹⁴, pero en todos los casos su intención y su razón de ser son el asegurar que los ciudadanos estén protegidos y garantizados del abuso de poder. Esta intención era tan obvia, y la palabra constitución tan «transparente», que en 1860 la fórmula adoptada en los plebiscitos italianos se limitaba a preguntar: «¿Desca usted adherirse a la monarquía constitucional de Rey Vittorio Emanuele II?». Evidentemente, entonces decir «constitucional» bastaba para decirlo todo. Y durante todo el siglo XIX, hasta la Guerra Mundial, las constituciones siguieron siendo, en los Estados Unidos, en Inglaterra y en Europa, métodos diferentes (técnicamente hablando) dirigidos a un único objetivo: fortalecer la fuerza al derecho.

En el siglo XX, y precisamente en los decenios posteriores a la guerra mundial de 1914, esta situación de consenso general se modificó rápida y radicalmente. ¿Por qué? En parte se fue afirmando progresivamente un positivismo jurídico muy atento a la «forma» y menos atento a la sustancia de los problemas. En parte, porque las dictaduras de los años veinte y treinta intimidaron a los juristas, los constituyeron o no expresarse, y de este modo, con frecuencia, a redimir con una palabra «bueno» (constitución era un término elvioso) los errores de una mala praxis. Pero antes de llegar a estas explicaciones es necesario reconocer, antes de nada, una debilidad intrínseca, o una falta de adecuación constitutiva, del método jurídico en relación a lo que Rousseau llamaba *droit politique*, derecho político. Digámoslo con todo candor: al jurista (a partir de ahora protegido por el garantismo) no le gusta un derecho «político», no congenia con él. No le es fácil conciliar los requisitos del derecho en sí y por sí, de un derecho «puro» con la sustancia a la que están llamadas a atender las constituciones. Si leemos, por ejemplo, las *Leçons* de una figura representativa del período precedente a 1848, como fue Pellegrino Rossi¹⁵ encontramos o bien la afirmación de que «todo estado posee una constitución» (ex

¹³ En inglés *garantismo* debe entenderse como un eco del francés *garantisme*; y el término, aunque ha sido acogido, ni tampoco en los Estados Unidos, en el léxico técnico de los constitucionalistas.

¹⁴ Merece la pena recordar que la *Bill of Rights* americana fue aprobada con dificultad en la Convención de Filadelfia. Entre otros, se opusieron a ella Madison y Hamilton, cuyo *resistance* que sus derechos eran protegidos no por declaraciones, sino por una determinada estructura de gobierno.

¹⁵ Pellegrino Rossi (1787-1848) fue profesor de Derecho en Bolonia en 1814, autor en 1832 del proyecto de reforma de la constitución suiza, y después aclamado profesor de derecho constitucional del *Collège de France* de París.

hypothesis), o bien la de que «una constitución es la ley de los países libres». Las dos afirmaciones no son congruentes; sin embargo representan una afirmación que fue ampliamente aceptada en la literatura jurídica europea durante casi un siglo. Por ello es interesante darse cuenta de cómo los constitucionalistas continentales aceptaron esta afirmación, y cómo encontraron el modo de armonizar una incongruencia.

Tomemos, a modo de ilustración, una constitución precursora, como fue la Constitución de Pensilvania del 28 de septiembre de 1776. En dicha constitución los dos elementos fundamentales son el esquema de gobierno (el *plan o frame of government*) y una carta de derechos. Ahora bien, está claro que para los constituyentes del siglo XVIII los dos elementos eran inseparables: ambos eran necesarios a fin de que una constitución fuera verdaderamente una constitución. Ellos no pensaban ni someramente que cualquier «esquema de gobierno» equivaliese a una constitución. De este modo, los constitucionalistas continentales estaban ansiosos por tranquilizar su conciencia «técnica» encontrando una definición universal de constitución. Y con este objetivo les parecía útil separar el concepto general (el esquema de gobierno) de la calificación garantista. Por ello, con bastante frecuencia, llegaron a decir que todo esquema de gobierno correspondía a una constitución. Lo decían, pero en el mismo momento lo negaban. Porque su discurso proseguía diciendo que «había llegado a ser usual» usar el término constitución con un significado específicamente garantista; de lo que resultaba que —en base a esta praxis— era impropio decir que todo estado era un estado constitucional. Por lo tanto: todo estado posee una «constitución» (por definición), pero únicamente algunos estados son «constitucionales». De este modo, una generación tras otra, el derecho público europeo decimonónico avanzó cabalgando al tiempo sobre dos caballos: la constitución como cualquier «orden estatal» y el «constitucionalismo» como un contenido particular de garantías.

Era ciertamente un equilibrio difícil que hacía vulnerables a los constitucionalistas. Pero se puede tener un talón de Aquiles y no obstante sobrevivir. De este modo a pesar de este talón de Aquiles, mantengo que se puede afirmar que al menos durante ciento cincuenta años el término constitución ha sido asociado con la idea de «garantías», y que la razón principal de la posterior disociación no puede encontrarse únicamente en la lógica interna de desarrollo de la tradición jurídica europea. Los constitucionalistas continentales no estaban en condiciones de oponer resistencia al cambio. La I Guerra Mundial había roto el consenso y la fe en las cualidades magníficas y progresivas. La Revolución Rusa, el fascismo, el nazismo inducían a los juristas a encontrar tranquilidad y protección en su torre de marfil y —en el caso estudiado— en el ámbito de una definición de constitución que fuera puramente «organizativa», que trabajase únicamente sobre un organigrama.

Alguien preguntará: ¿pero por qué la II Guerra Mundial no ha producido una recuperación? No la produjo, pienso, en parte porque el positivismo jurídico había triunfado definitivamente¹⁸; también en parte porque los politólogos estaban abah-

¹⁸ Sobre las razones técnicas, y estoy casi por decir sobre la imposibilidad técnica, por parte del positivismo y del neo-positivismo jurídico, de «pensar el constitucionalismo», cfr. N. Matteucci, *Positivismo Giuridico e Costituzionalismo*, Milán, Giuffrè, 1963, *passim*, y especialmente pp. 55-58. Aunque el libro de Matteucci se refiere a la cultura jurídica italiana, muchas de sus observaciones pueden genera-

donando las estructuras para atender, al haberse adoptado la óptica behaviorista, a la observación de los procesos¹⁷; en no menor medida porque el oráculo británico, vuelvo a insistir, estaba mudo desde hacía tiempo o algo peor. Me recordado ya las definiciones de constitución de Wheare y de Jennings¹⁸. La característica de sus definiciones es sobre todo el silencio que cubre el *telos* del constitucionalismo. Las definiciones de Wheare y de Jennings son definiciones puramente «formales», no tanto en el sentido jurídico, sino sobre todo en el sentido de que pueden llenarse con cualquier contenido. Naturalmente, las libertades inglesas permuncen protegidas incluso cuando los constitucionalistas ingleses olvidan decir que ésta es la razón por la cual Inglaterra posee una constitución. Pero si no se dice, en otro lugar el resultado puede ser muy distinto.

Sea como fuere, el hecho sigue siendo que hoy «constitución» se ha convertido en un término utilizado con dos significados totalmente diferentes: un significado específico y sustantivo (el significado garantista) y un significado cósmico y formal. En el primero de ellos «constitución» es el ordenamiento protector de las libertades del ciudadano. En el segundo «constitución» es cualquier forma que se da a sí mismo un Estado. Se nos dirá: no hay nada extraño en ello, casi todas las palabras son polémicas, poseen muchos significados. Sí y no. Sí, en el lenguaje común y en la conversación ordinaria. No, en los lenguajes científicos y cuando un término asume un significado técnico. En el caso en discusión, por otra parte, el significado formal tiende a fagocitar el significado de garantía. Y es aquí en donde yo me rebelo.

Ya he recordado que, históricamente, el término constitución era un vocablo «vacante» del que se apropió el constitucionalismo en el siglo XVIII para dar la idea de un gobierno de las leyes (no de los hombres) y limitado por las leyes. Después de la experiencia del Absolutismo, y a medida que se afirmaron los grandes Estados centralizados y centralizadores se comenzó a buscar una palabra que indicase las técnicas capaces de controlar el ejercicio estatal del poder. Este término acabó siendo el de constitución; y constitución no nació totalmente como un concepto bifronte. El término fue concebido de nuevo, adoptado y amado no porque significara simplemente «orden político», sino porque denotaba aquel «orden político particular» que no sólo «daba forma» sino que también «limitaba la acción de gobierno»¹⁹.

lizarse, y de hecho afectan a los límites de todo el positivismo jurídico europeo (incluyendo también a los autores ingleses en la medida en que derivan de la escuela de Austin).

¹⁷ En la óptica comportamentalista los frenos estructurales-jurídicos pierden relevancia frente a los frenos sociales-pluralistas, y ello porque el centro de atención se desplaza de las «formas» (las estructuras definidas por el derecho) a los «procesos informales». Como mucho la contribución constructiva de la ciencia política al constitucionalismo puede o podrá venir de la teoría de los roles, y en concreto de la solución constitucional como técnica vinculante de «impulsión de rol» (*role enforcement*) en su diferencia con una espontánea «asunción de rol». En este caso la pregunta «¿cuál es la función de una constitución en un sistema político?» puede ser examinada fructíferamente desde el punto de vista de cuál sea la eficacia y el rol de una constitución frente al *role-taking*, de la usación del rol de los detentadores del poder. ¿Puede decirse que una constitución contribuye a reforzar, y si lo hace en qué medida, el *role-performance* deseado sobre las personas que ejercitan el poder? Pienso, por ejemplo, en el enfoque adoptado por Heinz Eulau y otros en un tema afín. Cfr. Whhike, Eulau, Buchanan, Ferguson, *The Legislative System: Explorations in Legislative Behavior*, N. York, Wiley, 1962.

¹⁸ Véase la anterior nota n.º 10.

¹⁹ Así, Carl J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago, University of

La idea de que este significado específico de garantía deriva de un significado preexistente, más amplio y no especificado, es una afirmación y una ilusión óptica creada por los traductores modernos de Aristóteles. El término de Aristóteles era *politeia*, y ciertamente *politeia* es difícil de traducir. Como los traductores de *politeia* al latín han demostrado abundantemente (probando y volviendo a probar durante unos veinte siglos), el término griego no tiene ningún buen equivalente. Por otro lado, lo cual es peor todavía, Aristóteles utilizó *politeia* con significados diversos y ambiguos. En general, y de modo genérico, *politeia* es fundamentalmente la «configuración» y/o la «estructura» de la ciudad (por ejemplo, en *La Política*, 1274b y 1276b); pero en otros casos el concepto es más específico, o bien porque designa el conjunto de las magistraturas de la *polis* (1278b, 1289a, 1290a), o cuando designa la ciudad «bien ordenada» (1279a), o bien la «buena ciudad» en oposición a aquella «democracia» que es su degeneración (en concreto 1292a). Pero si *politeia* es prácticamente intraducible, y si Aristóteles entendió el término con significados tanto múltiples como difíciles de desentrañar, ¿por qué vincular a Aristóteles la palabra «constitución»? La respuesta, me temo, sigue siendo siempre la misma: los traductores son grandes traidores. Apenas se acuña una nueva palabra, los traductores se la apropian, le dan un valor retroactivo, y así construyen, falsamente, el pasado. Cuando aparece la palabra estado, la *polis* se convirtió en algo que nunca fue... es decir, un «estado»; y la *politeia* se convierte en lo que no era... en lo que no es, cuando se reinventó la palabra constitución.²⁰

Por lo tanto, cuando leemos «constitución» al leer a Aristóteles (traducido) o cuando oímos hablar de constitucionalismo griego y después de constitucionalismo romano, este modo de hablar prueba únicamente que somos víctimas de fraudes de traducción. Para nosotros «constitución» significa una estructura de la sociedad política, organizada *através de y mediante la ley*, con el objetivo de limitar la arbitrariedad del poder y de someterlo al derecho. Y ciertamente Aristóteles no pensaba en nada parecido.²¹ No podía tener en mente nada igual porque el *nomos* griego no es el sistema legal elaborado por los Romanos, y aún más porque los griegos anticipan sólo la concepción legislativa del derecho y no el derecho de la *rule of law* sobre el cual se inserta el desarrollo del constitucionalismo inglés.²² Los romanos,

Chicago Press, 1958, pp. 220; trad. española: «La Filosofía del Derecho», J. reimpr. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1982.

²⁰ Esta traducción se afirma y generaliza únicamente en el siglo XIX. Montesquieu, aunque gran lector de los clásicos, usa *constitution* sólo en el título del cap. 6, libro XI, del *Esprit des Lois*. Y Rousseau no tiene ni siquiera un sustituto en el *Contrato Social* con la palabra constitución; su vocablo habitual es *gouvernement*.

²¹ Véase, contra, W. H. Morris-Jones en *American Political Science Review*, junio 1965, pp. 439-40.
²² No estoy de acuerdo con la interpretación de Dicey según la cual los principios de la constitución inglesa son inducciones y generalizaciones resultantes de decisiones jurídicas que determinan los derechos de los particulares. Dicey forzaba demasiado el argumento cuando escribía que «en Inglaterra las leyes de la constitución son poco más que una generalización de los derechos que las cortes de justicia aseguran a individuos particulares» (*The Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, ed. de 1960, p. 200); pero decía bien cuando señalaba que «la constitución se difunde por la *rule of law*» (ibí., p. 196). Para mi tesis acerca del nexo leyes-libertad, véase, por último, *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham, N. J., Chatham House, 1987, pp. 306-10 y cap. XI, *passim* (trad. española: *Teoría de la Democracia*, Madrid,

y no los griegos (como sabemos) inventaron el derecho; pero tampoco los romanos llegaron al «constitucionalismo». En la medida (notable) en la cual el ser ciudadano romano aseguraba protección, esta protección provenía de las *leges* (no de los actos denominados *constitutiones*), y del derecho común (privado), no del derecho público. El llamado, y mal llamado, constitucionalismo romano no impidió en ninguna medida los numerosos abusos o baños de sangre que jalonaron la historia del Imperio (y también el fin de la República); y por lo tanto no impidieron en modo alguno lo que nuestro constitucionalismo (el que ha acuñado el término) ha logrado efectivamente impedir.

Habiendo establecido cuál es el significado históricamente correcto que proporciona la *ratio essendi* de «constitución», queda que la definición formal (aunque no vacía) del término está bien atrincherada y es utilizada ampliamente. Si debemos aceptarla, entonces hay que explicarla y precisarla. Con ese objeto seguiré (aunque no siempre en los términos) la clasificación propuesta por Loewenstein²³ distinguiendo entre a) constitución-garantista (constitución en sentido estricto), b) constitución nominal, c) pseudoconstitución (o «constitución-fachada»).

Llamo *nominales* a las constituciones que Loewenstein denomina, de modo inexacto, «semánticas». A parte de esta divergencia terminológica suscribo plenamente su descripción de dicha especie: «La constitución se aplica plenamente, pero su realidad ontológica la proporciona únicamente la formalización de la localización existente del poder político que beneficia exclusivamente a sus detentadores efectivos» (p. 149). Las constituciones nominales son, por lo tanto, *nominales* en el sentido de que se apropian del «nombre» constitución. Ello equivale a decir que las constituciones nominales son meramente «constituciones organizativas» es decir, el conjunto de las reglas que organizan, pero que *no limitan* el ejercicio del poder político en un determinado Estado.²⁴ En efecto las constituciones nominales no pretenden ser «verdaderas constituciones». Estas describen sin simulaciones un sistema de poder que no posee límites ni controles. No son letra muerta. Lo que sucede es que esta letra es irrelevante para el *telos* del constitucionalismo. Un constitucionalista alemán de los años treinta no habría dicho nada insensato si hubiese definido de este modo la «constitución»: la constitución es la voluntad del soberano. En base al *Führerprinzip* vigente en aquellos años, la susodicha definición era conforme a la realidad. El garantista podrá decir que esta definición no es la de «constitución»; pero el positivista o formalista deberá admitirla.

Atlantea Eds., 1967). Véase también, y sobre todo, Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, N. York, Van Nostrand, 1961.

²³ Cf. K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1965, especialmente pp. 147 y sig.

²⁴ Se mantiene con frecuencia que el simple «ordenar», la mera existencia de una «forma definida y estable es un límite por sí mismo». Ello puede ser verdadero, pero no en el sentido *garantista* del término. Por ejemplo, los ejércitos son por lo general bien ordenados, pero este hecho no protege a los subordinados frente a sus superiores. Del mismo modo, Morris-Jones mantiene que «la regularidad sobrentendida en el término *rule* implica una negación del arbitrio» (loc. cit., p. 439). Disiento. Las reglas (*rules*) que el príncipe *legibus solutus est*, o bien *quæ regit voluntatē supremā lex*, son reglas caracterizadas por su regularidad pero no por ello limitativas de la arbitrariedad; de este modo, son las reglas las que legitiman.

Las constituciones-fachada son diferentes de las nominales, en cuanto toman la apariencia de «verdaderas constituciones». Lo que las hace pseudo-constituciones es que éstas no son observadas (al menos en lo que respecta a sus características garantistas fundamentales). En realidad son «constituciones-trampa». En lo que respecta a la libertad y a los derechos de los destinatarios de las normas son letra muerta. Por ejemplo, según Vishinsky, la Constitución de Stalin hace entrar «a unas masas populares cada vez más grandes en el gobierno del Estado», refuerza constantemente «los vínculos entre el aparato del poder y el pueblo»; y las constituciones soviéticas en general «confirman los derechos y la libertad democráticos genuinos», «fijan y subrayan las garantías materiales»²¹. Si ello es así, entonces la constitución stalinista de 1936 es una constitución de fachada (véanse sobre todo los artículos 3, 125, 127, 141).

Una defensa de las constituciones nominales y sobre todo de las constituciones-fachada es que, a pesar de todo, «educan» o pueden educar. Pero esta defensa me parece inaceptable. Las constituciones a las que nos estamos refiriendo no tienen, en realidad, ningún objetivo educativo. E incluso si tuvieran un altamente improbable efecto educativo, sigue siendo verdad que «educar» no es el objetivo de una constitución. Ello no es un criterio suficiente (o suficientemente pertinente) para justificar un tipo especial de «constituciones educativas»²². Una constitución puede contener afirmaciones de intención, de «aspiración»; pero si estas aspiraciones se afirman para engañar y son sistemáticamente violadas, se me escapa qué educación puede derivarse de éstas.

Existen con frecuencia superposiciones entre constituciones nominales y constituciones-fachada. Sin embargo, la distinción sigue siendo útil. Las constituciones nominales describen realmente las reglas de funcionamiento del sistema político (no afectan al *telos* del constitucionalismo, pero son su exposición veraz), mientras que las constituciones de fachada no proporcionan ninguna información creíble. En la mayor parte de los casos se puede percibir claramente, a pesar de las superposiciones, cuál es el aspecto preponderante: si una constitución es fundamentalmente nominal o básicamente un disfraz. En cualquier caso, la distinción es útil en el plano analítico para separar los componentes de un eventual «tipo mixto» (en parte nominal y en parte ficticio) de constitución no-garantista.)

La distinción es importante también desde otro punto de vista, porque muestra que si se rechaza la acepción garantista no es posible trazar una línea de demarcación entre «constitución» y «gobierno constitucional». Ciertamente, si una constitución se convierte en letra muerta, este es un caso de constitución que no es seguida por un gobierno constitucional. Pero este argumento vale sólo para las constituciones-fachada. En el caso de las constituciones nominales no tenemos ya un «Estado de prerrogativa» (*prerogative State*) que sustituye *de facto* al «Estado legal» tan

²¹ Vishinsky, *The Law of the Soviet State*, N. York, 1951, pp. 88-89. Entre las demoliciones de dicha «fachada», véase H. Chambre, *Le Pouvoir Soviétique: Introduction à l'Étude de ses Institutions*, Paris, 1959. El detenido análisis de Chambre muestra claramente que la teoría soviética del Estado y la praxis constitucional virtualmente se resuelven en un decidido predominio del hecho y del arbitrio sobre la ley.

²² Los incidentes automovilísticos pueden servir al objeto de inducir a la mejora de nuestra técnica de conducción. ¿Y es ésta una razón «común» para crear la categoría de los «incidentes educativos»?

mos, por el contrario, un «Estado de prerrogativa» legitimado por la constitución. Por consiguiente, en este caso nos encontramos ante un gobierno que, por definición, gobernará siempre según la constitución. ¿Sobre qué base podemos entonces afirmar que este no es un «gobierno constitucional»? Es una pregunta que debo dirigir a otros. Yo no sabría contestarla.

Todo lo expuesto con anterioridad no toca, como es evidente, los problemas de a) *décalage* entre la constitución escrita y la constitución material (o viva) y b) la falta de adaptación entre ciertas disposiciones constitucionales. El desfase aparece a medida que una constitución envejece: la falta de adaptación afecta, por el contrario, también a constituciones recién nacidas.

Confieso que el *décalage*, el desfase, no me inquieta mucho. Si una constitución está escrita, es casi inevitable que, con el paso del tiempo, el documento formal y la constitución viva se alejen como toda relación entre un pasado y un presente. (En este sentido también las constituciones escritas se convierten en constituciones no escritas.) Sin embargo, mientras que el espíritu y el *telos* del documento original se conserven en las nuevas circunstancias, el *décalage* compromete únicamente el mito de una «constitución fija». La experiencia americana muestra que las constituciones escritas pueden sobrevivir a pesar del presupuesto anahistórico, o ahistórico, en base al cual fueron concebidas. Por otra parte, el remedio de una constitución no escrita no sería un remedio.

El punto delicado no afecta a la caída en el desuso de algunas disposiciones constitucionales debido a su anacronismo, sino a aquellas normas que no han sido puestas en vigor a causa de una falta de voluntad, o inercia, del poder legislativo o del poder ejecutivo. El problema es serio, dado que los casos de aplicación incompleta de las constituciones son realmente frecuentes en muchos países. No sería inútil preguntar: ¿por qué? ¿Es quizá porque el «espíritu constitucional» (exactamente como el tipo correspondiente del gentil hombre constitucional) se está disolviendo? ¿O bien a causa de otros motivos?

Es necesario tener presente a este respecto que la mayor parte de los países poseen una constitución reciente, o bien porque han reescrito la anterior, o bien porque ésta comienza ahora. Y las constituciones contemporáneas —por lo general— son malas constituciones, técnicamente hablando²³. Se encuentran en ellas deslumbrantes profesiones de fe, por un lado, y un exceso de detalles superfluos, por otro. Algunas de éstas son ya tan «democráticas» que ya no son constituciones (una constitución limita la voluntad del pueblo en no menor medida de lo que limita la voluntad de los que detentan el poder)²⁴, o bien hacen el funcionamiento del gobierno demasiado complejo y complicado para permitir que funcione un gobierno, o bien ambas cosas. En estas condiciones la no aplicación puede ser un remedio a

²³ Obsérvese que las nuevas constituciones mejoran las viejas en cuanto que no son ya «negativas», sino «positivas». Si positivo significa que las constituciones son también un instrumento de acción social y económica, entonces podemos alegrarnos de dicho desarrollo positivo. Pero hay que añadir, no obstante, una condición: que el añadido positivo no devore la cabeza «política» que la precede y condiciona.

²⁴ Entre otras cosas porque una constitución no puede limitar efectivamente la voluntad de los detentadores del poder si éstos pueden saltarse y hacer ineficaces los impedimentos constitucionales apelando directamente a la voluntad popular.

la falta de aplicación. Por lo tanto, debemos regular caso por caso. Sería contraproducente o poco sensato aceptar en todos los casos el punto de vista estrictamente jurídico según el cual «toda la constitución debe ser aplicada a cualquier costo». Personalmente pienso que debemos aceptar siempre si la no aplicación afecta al funcionamiento del gobierno en relación a los objetivos fundamentales del constitucionalismo; no. En el primer caso puede hablarse de «delitos de ausencia de aplicación» (como dice Loewenstein), mientras que en el segundo caso no se puede hablar propiamente de «delito».

Resumiendo, este escrito somete a la discusión los siguientes argumentos:

- 1) Que la palabra constitución ha sido reconceptualizada, si se puede hablar así, con un objetivo bien preciso, en concreto para denotar una «técnica de libertad» (como habría dicho Mirkin-Guetzévitch) inédita, cuyas características se habían materializado bastante claramente cuando, por ejemplo, Montesquieu visitó Inglaterra en 1730.
- 2) Que este objetivo ha sido oscurecido con frecuencia por la complejidad del modelo original (la constitución inglesa), por un lado, y por una especie de aislamiento polémico de los estudiosos británicos, por otro; lo que no obsta para que la idea de *limite* sea fundamental para el prototipo inglés y en no menor medida para los sucesivos modelos americano y francés.
- 3) Que la tesis que mantiene que el significado garantista de constitución ha sido precedido por un significado más vago y meramente formal no es históricamente sostenible, y se deriva en realidad de una errónea traducción, o de una referencia imprecisa al término *politela*.
- 4) Que la equivalencia «constitución» igual a «cualquier forma de Estado» no es, por consiguiente, la connotación más antigua, sino una reciente disolución del concepto que refleja la ilusión jurídica por alcanzar un derecho «aplicado» universal y despolitizado, o bien el objetivo de utilizar la palabra constitución como una «palabra trampa».
- 5) Que, por lo general, existen dos casos; o bien se usa el término en su específico significado garantista o bien es un sinónimo inútil (e ilusorio) de términos como organización, estructura, forma, sistema político y otros similares.
- 6) Que, por lo tanto, la variedad de las denominadas constituciones de nuestro tiempo puede clasificarse en tres categorías: reales, nominales y constituciones-fachada.
- 7) Que la existencia de constituciones nominales implica que si no aceptamos la acepción garantista del término ya no podemos distinguir entre «constitución» y «gobierno constitucional».

Si todo lo anterior es verdadero, entonces debemos volver con renovada atención y conocimiento a aquel constitucionalismo que los constitucionalistas han descuidado desde hace tiempo²⁹. La experiencia de medio siglo en esta parte confirma ad

²⁹ Véase, en su apoyo, el censo de la situación de B. Akzlm, «On the Stability and Reality of Constitution», *Scripta Hierosolymitana*, Hebrew University, Jerusalem, 1956, vol. III, pp. 313-339. Según este autor, en 45 de los países examinados el sistema constitucional está caracterizado por una extrema

abundantiam que la indiferencia jurídica hacia los problemas declarados meta-jurídicos ha sido desastrosa en sus resultados. Cuando un problema político —y el constitucionalismo es inevitablemente la solución jurídica de un problema político— se despolitiza, las consecuencias efectivas de un ordenamiento jurídicamente «neutral» son y siguen siendo (aunque involuntariamente) políticas³⁰, y ello beneficia a los demagogos y a los despotas.

Una última precisión. Se me ha objetado que mi énfasis en la caracterización garantista de «constitución» privilegia —por decirlo con el latín lapidario de Bracton— la *jurisdictio* dañando al *gubernaculum*³¹. Pero mi idea no es ésta. Mi tesis es la de que el constitucionalismo busca un equilibrio —un equilibrio siempre inestable y siempre difícil— entre el ejercicio del poder (*gubernaculum*) y el control sobre el poder (*jurisdictio*). Está claro que una constitución en la que los controles impiden actuar (como, en el límite, en el *liberum veto* de las Dietas en Polonia) es solamente una constitución mal ensamblada. Pero me parece igualmente claro, yendo al otro extremo, que una constitución toda *gubernaculum* y nada *jurisdictio* no debe ser aceptada por el constitucionalismo. Un *poder sin control* no da origen al estado constitucional; es su negación y su destrucción. Quien elimina la *jurisdictio* del *gubernaculum* se burla del constitucionalismo; y debemos al menos impedir que ello ocurra en su nombre. Volviendo de la terminología de Bracton a la de nuestro tiempo, o una constitución da lugar a un *sistema decisional intransitivo* (la sustancia de los frenos y contrapesos), o bien no es tal. Una estructura decisional *transitiva* es la estructura del poder absoluto.

como se relaciona con los otros dos del sistema?

Inestabilidad y fragilidad, y al menos en 28 de estos países existen constituciones que no son «reales», sino (siguiendo los criterios de Loewenstein) nominales o ficticias (pp. 327 y 330). Y, nótese, de este conjunto se excluyen las monarquías absolutas (aunque entre éstas sólo Yemen declara no poseer una constitución). En cuanto a los países que gozan de estabilidad constitucional (y, por lo tanto, de constituciones suficientemente duraderas) y en los cuales, por consiguiente, existen «constituciones reales», éstos son como máximo 19 (y digo como máximo porque Akzlm es generoso: incluye en este tipo, por ejemplo, a Checoslovaquia, detenida en 1948).

³⁰ De este modo también Matteucci, *Positivismo Jurídico e Costituzionalismo*, cit., especialmente pp. 15, 72, el cual señala como la «neutralidad» del positivismo jurídico no es sólo ilusoria, sino también una ilusión que pone a los estudiosos en la situación paradójica de favorecer a los enemigos a los que desearía combatir de hecho, éstos legitiman todas las premisas de aquel Estado absoluto que abortecan en su conciencia. Cfr. también la consideración de P. Piovan, *Linee di una Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1958, p. 168, allí donde el autor señala la «deformación del positivismo jurídico en *politismo jurídico*». De hecho, «el positivismo en estado puro, en cuanto es estatización del derecho, es una transferencia del derecho de la voluntad del legislador» (ivi, p. 229).

³¹ Así, Maddox, *A Note on the Meaning of Constitution*, cit. *passim*, y también en su contra-deducción a mi respuesta, APSR, diciembre 1984, p. 1071. Sobre Bracton, véase especialmente C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca, Cornell University Press, 1947, cap. IV; trad. italiana, *Costituzionalismo Antico e Moderno*, Venecia, Neri Pozza, 1956.