

“TENER UNA CONSTITUCIÓN”, “DARSE UNA CONSTITUCIÓN” Y “VIVIR EN CONSTITUCIÓN”*

*Josep Aguiló***

Resumen

El trabajo se propone tres objetivos: 1) Mostrar que no es posible explicar la evolución del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho tomando como datos relevantes únicamente algunos cambios estructurales de nuestros sistemas jurídico-políticos. Nociones como “Constitución rígida” o “Constitución regulativa” no son suficientes para entender las transformaciones en curso; ello requiere introducir elementos valorativos vinculados al “constitucionalismo político”. 2) Mostrar cómo las contradicciones internas del constitucionalismo permiten explicar por qué la operatividad jurídica y política de una Constitución exige la concurrencia de concepciones de la misma. 3) Mostrar que una buena concepción de la constitución tiene que ser capaz de integrar y dotar de sentido tanto el momento de “darse una constitución” cuanto el de “vivir en constitución”.

Abstract

The purpose of the essay is threefold: 1) First, to show that the evolution from the classic Rule of Law regime based on Legality to the Constitutional State cannot be explained by taking as the relevant facts solely some structural changes in our legal-political systems. Concepts such as “rigid Constitution” or “regulatory Constitution” are not enough to understand ongoing transformations; it becomes necessary to add some evaluative elements related to the so-called “political constitutionalism”. 2) Secondly, to show how the internal contradictions of constitutionalism allow to explain why the legal and political functioning of a Constitution requires the concurrence of different conceptions thereof. 3) Thirdly, to show that an adequate constitutional conception must be capable of integrating and ma-

* Conferencia de clausura del *II Congresso brasileiro de Filosofia e Teoria general do Direito*, 24-26 de Agosto de 2006, Recife, Brasil.

** Universidad de Alicante.

king sense of both the moment of “giving ourselves a Constitution” and that of “living under a Constitution”.

1. Introducción

No supone ninguna novedad afirmar que el constitucionalismo que se ha desarrollado a partir de la segunda guerra mundial ha supuesto (y está suponiendo) un cambio de paradigma dentro de la cultura jurídica y política. Este cambio de paradigma se ha ido afirmando más o menos lentamente, pero en los últimos años ciertamente se ha mostrado de manera manifiesta. En estos momentos es ya un lugar común hablar del “Estado constitucional de Derecho” como algo diferente del “Estado legal de Derecho” y referirse a los cambios que esta transición está suponiendo en la concepción del Derecho y de la política. Si el modelo clásico del Estado de Derecho (o Estado legal de Derecho) operaba con una separación fuerte entre Derecho y política, de forma que jurídicamente gravitaba en torno a la idea de **imperio de la ley** (o reserva de ley) y políticamente, en torno a la de **soberanía**; el modelo del Estado constitucional (o Estado constitucional de Derecho) acaba con esa separación tajante y gravita en torno a las nociones de constitución **normativa o regulativa** (“la constitución como norma jurídica” o reserva de constitución) y de constitución **rígida** (cuyas normas no son revisables o son de muy difícil revisión).

En esta conferencia me propongo lo siguiente. En primer lugar, bajo el rótulo “Tener una constitución”, pretendo mostrar que no es posible dar cuenta de la evolución que ha desembocado en lo que llamamos el “Estado constitucional” tomando simplemente como datos relevantes algunos cambios estructurales de nuestros sistemas jurídico-políticos. Es decir, tomando en cuenta únicamente nociones neutrales y/o avalorativas como las de “constitución rígida” y “constitución regulativa” no es posible entender el alcance de las transformaciones en curso. Sin el componente de valor que implica la constitución del “constitucionalismo político” (la constitución como ideología), el Estado constitucional simplemente no se entiende.

Una vez sentado lo anterior, pretendo poner de manifiesto algunas contradicciones internas del constitucionalismo. Estas contradicciones nos permitirán entender por qué la operatividad jurídica y política de una constitución no depende sólo de las propiedades estructurales de esa constitución, sino también de las concepciones constitucionales vigentes. A partir de ahí, trataré de mostrar que una buena concepción de la constitución tiene que ser capaz de integrar y dotar de sentido tanto el momento de “darse una constitución” cuanto el de “vivir en constitución”.

2. “Tener una constitución”.

Parafraseando a Elías Díaz¹, partiré de la afirmación de que no todo Estado que cuenta con una constitución rígida y regulativa es un Estado constitucional.

2.1. La insuficiencia de los planteamientos meramente estructurales

Luigi Ferrajoli probablemente es el autor en lenguas latinas que más ha influido en la extensión de la consciencia de los cambios que el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional está suponiendo. Su planteamiento consiste en extraer las consecuencias que se derivan de dos propiedades estructurales (neutrales y avalorativas) de las constituciones de nuestros sistemas jurídico-políticos. Me refiero al carácter rígido y regulativo de las constituciones. Simplificando un tanto las cosas, viene a sostener que estas dos propiedades suponen, por un lado, en términos políticos, el paso de una concepción puramente procesal de la democracia a una concepción “sustancial” de la misma; y, por otro, en términos jurídicos, el paso de una concepción formal y monista de la validez jurídica de las leyes a una concepción dual de la validez jurídica que exige distinguir entre validez formal y validez material de las leyes². Estos planteamientos, en mi opinión, no son equivocados pero

¹ “No todo Estado es Estado de Derecho”, así comenzaba el libro de Elías Díaz “Estado de Derecho y sociedad democrática” de 1966 que, sin duda, fue un hito en la formación de la conciencia democrática en España.

² Véase, por ejemplo, Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999 y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

sí son insuficientes. La insuficiencia proviene de la necesidad de dotar de valor a esas propiedades estructurales. Entre otras cosas, porque la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas (no en vano se trata simplemente de técnicas de protección) en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada) resultan simplemente insoportables e irracionales. Sólo si se introduce el componente de valor inserto en esas mismas constituciones es posible entender las contradicciones internas del constitucionalismo y las disputas entre las diversas concepciones constitucionales. A ello me voy a referir de ahora en adelante. Pero, además, en términos estrictamente de teoría del Derecho creo que es imposible explicar el giro argumentativo y justificativo de las diferentes operaciones del método jurídico (desde el papel de los principios hasta los juicios de invalidez sustancial) desde parámetros meramente estructurales³.

2.2. La constitución rígida y regulativa del Estado constitucional responde a los parámetros ideológicos del constitucionalismo político.

Suele decirse que los ideales del constitucionalismo quedaron plasmados en el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos al establecer que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución”. La clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y, en este sentido, la constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los **males** más característicos de las dominaciones políticas (o, si no, sin ese componente de valor, no es constitución)⁴. En este sentido, si aislamos la idealidad del **Estado de De-**

³ Véase Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

⁴ La idea de fondo es que el esclarecimiento del constitucionalismo como ideología es inseparable de la denuncia del pseudoconstitucionalismo. En este sentido, por ejemplo, me parece

recho (entendido como imperio de la ley), la del **Estado liberal**, la del **Estado democrático** y la del **Estado social** y los consideramos como componentes agregados al constitucionalismo, no es difícil observar que cada uno de ellos está particularmente orientado a erradicar alguno de los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la **arbitrariedad** (la falta de seguridad jurídica), el **autoritarismo** (la falta de libertades negativas), la **exclusión política** (la falta de participación política) y la **exclusión social** (la falta de capacidad para hacer presentes los propios intereses en la agenda y el debate políticos). En efecto, el Estado de Derecho entendido como imperio de la ley (o gobierno de las leyes) implica una relación de sujeción entre Estado y ciudadano, pero el ciudadano sólo está sometido a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos destinados a erradicar la **arbitrariedad** en dicha relación de sujeción, es decir, a garantizar la seguridad jurídica. El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito en la relación entre un soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ese es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad (las libertades negativas): generar esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia como forma de combatir el **autoritarismo**. Y, finalmente, el componente democrático y social de las constituciones puede verse como una transformación de la relación de representación de la comunidad que ejerce el soberano, y que siempre (y necesariamente) es una relación parte/todo. Así, la contradicción que en el seno de la comunidad produce la acción política del soberano, y que permite distinguir entre representados (o favorecidos) y excluidos, se transforma en la contradicción entre mayorías y minorías tanto en el sentido cuantitativo resultado de la participación política como en el sentido de representación de intereses

obvia la contradicción presente en la obra de Lassalle [Lassalle, Ferdinand: *¿Qué es una constitución?*, Trad. de Wenceslao Roces, Ariel, Barcelona, 1984] puesto que, por un lado, opera con un concepto de constitución que acaba por ser una mera función del poder político efectivo (es poder desnudo) y, por otro, califica al pseudoconstitucionalismo -entendido como opuesto al constitucionalismo- de mero engaño del despotismo. Esto último sólo es posible, me parece, si se acepta que en la genuina constitución la cuestión primaria no es de poder, sino de valor, de fundamentación. Creo que tiene razón Kay cuando afirma que la función social central de una constitución es prevenir peligros probados [Kay, Richard S., "Constitutional Chrononomy", en *Ratio Juris*, Vol 13, nº 1, mayo 2000] y, por tanto, que el constitucionalismo requiere una clara conciencia de ciertos males potenciales de los sistemas políticos.

sociales. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad como forma de combatir tanto la **exclusión política** como la **exclusión social**.

Todos estos elementos son más o menos reconocibles en los Estados que llamamos Estados constitucionales. Lo interesante de todo lo anterior es darse cuenta de que el concepto de “Estado constitucional” no es un concepto meramente descriptivo. El Estado constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales. Es un concepto valorativo –resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas- que sirve para evaluar los sistemas jurídico-políticos positivos (y entre estos también a aquellos que cuentan con una constitución rígida y regulativa)⁵.

2.3. Las contradicciones del constitucionalismo

El constitucionalismo puede caracterizarse, pues, a partir de estas dos notas: a) Sítúa el “reconocimiento de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema jurídico-político; lo que supone que el respeto a los derechos juega un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de una comunidad. Y b) recurre a la rigidez constitucional (a la forma constitucional en oposición a la forma legal ordinaria) como garantía de este papel atribuido a los derechos. Estas dos propiedades permiten entender dos contradicciones centrales que recorren todo el constitucionalismo⁶. Veámoslas brevemente.

⁵ Del concepto de constitución del Estado constitucional me he ocupado en Aguiló Regla, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa*, nº 24, 2001.

⁶ Norberto Bobbio ha insistido especialmente en que todos los fenómenos políticos pueden ser analizados *ex parte principis* o *ex parte populi* (“A menudo he tenido ocasión de hacer notar que todo problema que interesa a la política puede ser examinado *ex parte principis* y *ex parte populi*” Bobbio, Norberto: “La democracia y el poder invisible”, en Bobbio, N., *El Futuro de la Democracia*, Trad. J. Moreno, Plaza y Janes, Barcelona, 1985, pág. 129.) Con ello probablemente trataba de significar no sólo que las cosas se ven de manera diferente si se miran desde la perspectiva de quien tiene poder político que si se miran desde la perspectiva de quien está sometido al poder político, sino algo más: que entre ambas perspectivas media una suerte de oposición dialéctica que hace difícil (si no imposible) su armonización total. Pues bien, en mi opinión, ahí está la clave principal para entender las múltiples discusiones internas del constitucionalismo. Es decir, el constitucionalismo y su componente de liberación política aminoran si se quiere las contradicciones típicas de todas las relaciones políticas, pero no las eliminan; y, en este sentido, las disputas internas del constitucionalismo no son más que una manifestación específica de un fenómeno más general. O dicho de otro modo, los pares dicotómicos del constitucionalismo son

2.3.1. *Fundamentación de la obligación política y fundamentación de los límites a la obligación política*

El constitucionalismo –hemos dicho– sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema político y jurídico. Ello confiere a los derechos un papel central de fundamentación o justificación. Ahora bien, ¿qué es lo que los derechos pueden fundamentar? En mi opinión es claro que dos cosas⁷. En primer lugar, los derechos valen para fundamentar la **obligación política**. Es decir, sirven para establecer bajo qué condiciones el ciudadano de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado. El poder político fundado en los derechos es poder político legítimo, es decir, autoridad legítima. O dicho en otras palabras, la autoridad fundada en los derechos tiene título para ordenar y lo ordenado por ella es obligatorio para los ciudadanos. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos es una concepción de la **autoridad legítima**. Si recordamos los cuatro componente agregados al constitucionalismo que antes hemos destacado, es fácil ver que las exigencias vinculadas al **Estado de Derecho** entendido como **imperio de la ley** y al **Estado democrático** constituyen las formas legítimas de imposición del Estado al ciudadano, las formas de la **autoridad legítima** del constitucionalismo.

Pero los derechos no sólo cumplen esa función de fundamentación de la obligación política de los ciudadanos. Sirven también para fundamentar los límites de dicha obligación política, es decir, sirven para determinar qué es lo que el poder político puede (debe) y no puede (no debe) ordenar legítimamente. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos contiene no sólo –como hemos visto– una teoría de la autoridad legítima, sino también una **teoría de la justicia**. De nuevo, si miramos los componente agregados del consti-

susceptibles de ser interpretados en términos de manifestaciones diferentes de dos contradicciones propias de toda relación política: la primera, formulada en términos verticales, es la oposición entre la obligación política (la sujeción) y los límites a la misma (la inmunidad); y la segunda, formulada en términos horizontales o dinámicos, es la oposición entre la estabilización de las conductas políticas y jurídicas (de las expectativas) y el cambio de las mismas.

⁷ Para una exposición de la extensión en el tiempo de esta alternativa véase, por ejemplo, Troper, Michel, “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº8, 2000, págs. 541 y ss.

tucionalismo que antes hemos destacado, no es difícil observar que las exigencias normativas derivadas del **Estado liberal** (los derechos de libertad) y las del **Estado social** (los derechos de igualdad) suministran los contenidos (las sustancias) de lo que se puede (debe) y no se puede (no se debe) ordenar. Es decir, **suministran los vínculos y/o los límites a la autoridad legítima**.

Este doble papel que los derechos cumplen de fundamentación (tanto de la obligación política como de los límites a la misma) generan en el interior del constitucionalismo una suerte de tensión que, en mi opinión, resulta ineliminable. Los principios (morales) de los cuales se extraen los derechos que sirven para fundamentar tanto la obligación política como los límites a la misma no tienen por qué ser diferentes. No es nada nuevo decir, por ejemplo, que el principio de autonomía está tanto en la base de las formas de autoridad consideradas legítimas (el Estado de Derecho y el Estado democrático) como en la base de los límites o los vínculos a dicha autoridad (el Estado liberal y el Estado social). Pero lo cierto es que a pesar de esa unidad de principios y valores la tensión entre la obligación política y los límites a la misma no es armonizable en términos meramente estructurales o de diseño de las instituciones. La persistencia de las disputas entre diferentes pares de concepciones constitucionales son un buen indicio del carácter ineliminable de dicha tensión. Piénsese, por ejemplo, en los siguientes pares de concepciones opuestas: procedimentalismo frente a sustantivismo; democracia frente a derechos; concepción política de la constitución frente a concepción jurídica de la constitución; dignidad democrática de (soberanía representada por) la ley frente a judicialización como garantía de los derechos... Todos estos pares representan intentos de superar dicha tensión enfatizando bien la concepción de la autoridad (primer elemento de cada par), bien la concepción de la justicia (segundo elemento de cada par) del constitucionalismo⁸. Frente a estos intentos, están los planteamientos de aquellos –entre quienes me encuentro– que vienen a sostener que no es posible resolver dicha tensión en abstracto y que, por tanto, no cabe confiar en un diseño institucional que la liquide. Sólo es posible formular un *desideratum* en el sentido de alcanzar una **práctica** política y jurídica respetuosa con los derechos; y ello exi-

⁸ Sobre este punto puede verse Aguiló Regla, J., “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución”, en *La constitución del Estado constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004.

ge recurrir a conceptos dialécticos que apuntan hacia síntesis relativamente inestables (como ponderación, equilibrio, etc.) y al desarrollo de las actitudes adecuadas vinculadas a necesidades discursivas de justificación. Es decir, apuntan más hacia las exigencias deliberativas y argumentativas vinculadas a la idea de “vivir en constitución” que hacia las respuestas estructurales vinculadas a “tener una constitución”.

2.3.2. *El gobierno de los muertos y el gobierno de los vivos.*

La otra característica del constitucionalismo, el recurso a la forma constitucional rígida (como opuesta a la forma legal ordinaria), plantea la misma tensión de antes pero vista ahora en términos dinámicos; es decir, centrada ahora en el problema que representa el paso del tiempo. Si la legislación es el instrumento ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en un dilema. Por un lado, si una constitución es rígida, entonces se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Se instaura el gobierno de los muertos. En el constitucionalismo rígido todo ello es más patente por dos cosas: Una, por el carácter plenamente “decisional” (deliberada o intencional) que tiene una constitución rígida. Por definición, en una comunidad que se ha dado una constitución rígida hay, por decirlo de algún modo, un momento 0, una decisión. Y dos, por el presupuesto de la modernidad de que la acción política racional es acción orientada al futuro, no acción anclada en el pasado (legitimación tradicional)⁹. Pero, por otro lado, si una constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces –suele decirse– los derechos no están garantizados, es decir, no hay constitución. De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes “se dieron una constitución” (los muertos) y quienes “tienen una constitución” (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de “**continuidad de una práctica**” que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de

⁹ Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10ª reim., 1993, pág. 20.

ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente, al igual que en el caso anterior, la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas.

2.4. Una constitución democrática tiene que ser una constitución abierta (¿imprecisa?).

La conciencia de estas dificultades en el interior del constitucionalismo está ampliamente extendida. La rigidez de una constitución regulativa enfrenta al constitucionalismo con todas las objeciones contramayoritarias o contrademocráticas. Por ello muchas veces se ha dicho que una constitución democrática y regulativa tiene que ser “**abierta**” para permitir que el sistema jurídico-político pueda reflejar las alternativas políticas que operan a su amparo. En este sentido, parece que la constitución abierta tiene que ser una constitución relativamente **imprecisa**. La cuestión de la imprecisión de los textos normativos es un tema central de la teoría de la interpretación jurídica y –como es obvio– la interpretación de la constitución (cómo deben leerse las constituciones) es un problema ineludible para todas las concepciones de la constitución. Las causas de la imprecisión de los textos normativos en general han sido ampliamente estudiadas y son bastante bien conocidas. Los problemas de ambigüedad (semántica, sintáctica y contextual), de vaguedad (intensional, extensional, combinatoria, gradual, etc.), de “textura abierta” constituyen un lugar común sobre el que aquí no quiero insistir. Estos problemas se proyectan sobre la teoría de la interpretación jurídica en general y alcanzan también a la interpretación de la constitución. Hay, sin embargo, dos causas de imprecisión de los textos normativos que, si bien no son privativas de las constituciones, en ellas se presentan de manera tan acusada que hacen que la interpretación de la constitución presente peculiaridades que no pueden extenderse a toda la interpretación jurídica. Me refiero, por un lado, a la presencia masiva en las constituciones de los llamados conceptos valorativos, polémicos (o esencialmente controvertidos) y, por otro, a los conflictos entre estándares constitucionales, entre principios constitucionales. La primera suele plantearse como una cuestión semántica (de significado), la segunda, como una cuestión sistemática. Aquí voy a re-

ferirme exclusivamente a la primera, a los conceptos valorativos, polémicos o esencialmente controvertidos; la cuestión de la ponderación de principios está más allá de los propósitos de esta conferencia, pero estoy convencido –aunque aquí no puedo detenerme en ello– de que, en realidad, debe abordarse como una prolongación o extensión de la primera.

Las constituciones reconocen y formulan derechos, principios y valores. No cabe duda de que muchas de esas cláusulas constitucionales están formuladas en un altísimo nivel de abstracción y que, por consiguiente, son objeto de permanentes controversias sobre su significado. Controversias que no afectan sólo a la periferia del concepto, sino que en muchas ocasiones parece que dichos conceptos no tienen ningún núcleo de claridad compartido. Ello ha llevado a no pocos juristas –formados en los esquemas clásicos del imperio de la ley– a pensar que estos conceptos al ser tan imprecisos y conflictivos no pueden dar lugar a lecturas realmente regulativas (jurídicas) de las constituciones (vendrían a ser –se dice– “música celestial”)¹⁰. Sea como fuere, no cabe duda de que la presencia en las constituciones de conceptos como igualdad, libertad, tratos inhumanos, etc. constituyen un verdadero desafío para la lectura jurídica y regulativa de las constituciones. La apertura regulativa de las constituciones tal vez resuelva el problema político que representa la rigidez constitucional, pero, sin duda, pone en dificultades las posibilidades de una genuina lectura jurídica de las constituciones.

Los conceptos centralmente contestados pueden caracterizarse a partir de las cuatro siguientes notas¹¹. En primer lugar, se trata de conceptos evaluativos, es decir, de conceptos que se utilizan para asignar valor a acciones y a estados de cosas. En segundo lugar, son conceptos complejos; ello supone no sólo que su caracterización requiere la enunciación de un conjunto de propiedades que los ponen en contacto con otros conceptos, sino que además su uso exige la formulación de teorías de forma que se definan relaciones de prioridad entre dichas propiedades. La libertad, la igualdad, la dignidad, etc. no son aplicables al

¹⁰ Cfr. Tomas y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa*, núm. 15-16.

¹¹ Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa*, nº 23, 2000, págs. 77 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).

margen de una concepción de las mismas. En tercer lugar, son conceptos que tienen un carácter argumentativo, es decir, suelen estar envueltos en una permanente controversia. Ello en realidad no es más que una consecuencia de lo anterior, al ser conceptos cuya operatividad depende de una concepción, su aplicación supone siempre desplegar una actividad argumentativa destinada a persuadir de la corrección en el uso del concepto. Y finalmente son conceptos funcionales, es decir, se trata de conceptos que son usados para canalizar las disputas acerca de las cuestiones socialmente más relevantes; operan como el punto de “encuentro” (la arena, el ring, el foro, la cancha) en el que se ventilan las disputas políticas fundamentales. Por ello, del mismo modo que en el ring no cabe un resultado pactado, las disputas en torno a estos conceptos no pueden resolverse jamás mediante una simple estipulación convencional de significado. Se trata de conceptos que tienen una carga emotiva tan intensa que nadie con aspiraciones de incidir sobre la realidad social de una comunidad puede renunciar a su uso. Se trata de entrar en el ring y usar el concepto con el fin de ganar una disputa político-social, y ello desemboca siempre en la formulación de concepciones del concepto en cuestión¹².

¹² Lo que aquí se acaba de decir respecto de los conceptos centralmente controvertidos no puede resultar extraño a cualquier jurista acostumbrado a leer y a participar en las frecuentes y eternas discusiones relativas a las “naturalezas jurídicas” de las instituciones. Más allá del hecho de que esas discusiones tienden a estar presididas por un sinfín de enredos y a ocultar los términos sobre los que realmente versan, en lo arriba expuesto están dadas las claves para la comprensión de las mismas. Las discusiones a propósito de las naturalezas jurídicas son discusiones normativas destinadas a aclarar el alcance de un concepto o institución; para ello se trata generalmente de determinar qué propiedad dentro del conjunto de propiedades que caracterizan al concepto o institución opera como propiedad “rectora” (la que determina su “esencia o naturaleza” y que permite definir prioridades entre esas propiedades); son claramente argumentativas, se trata siempre de ofrecer razones en favor de una determinada interpretación; y, finalmente, vienen a constituir el lugar en el que las diferentes ideologías jurídicas ventilan sus disputas. Ahora bien, si las **semejanzas** entre las disputas a propósito de las naturalezas jurídicas y a propósito de los conceptos centralmente contestados me parecen manifiestas, no menos claras son sus **diferencias**. Las dos que en mi opinión resultan más acusadas son las siguientes: En primer lugar, las discusiones sobre las naturalezas jurídicas si bien versan sobre la teorización completa de una institución, tienen un ámbito operativo bastante restringido; es decir, las consecuencias normativas que pueden inferirse afectan generalmente tan sólo a la periferia de la institución en cuestión, el núcleo común a todas esas teorizaciones es relativamente amplio. Ello supone -a diferencia de lo dicho respecto de los conceptos centralmente controvertidos- que el uso de esas instituciones en la mayoría de casos no exige siempre una teorización de la misma. En segundo lugar, el carácter de conceptos fundamentales para el orden jurídico de los conceptos constitucionales que en el texto se han caracterizado como “esencialmente controvertidos” los convierte -si se quiere decir así- en conceptos “transcendentales” (transversales) en el sentido de que atra-

Si ello es así, si resulta que nuestras constituciones están saturadas de conceptos en torno a los cuales no hay posibilidad de definir un núcleo compartido, no hay nada parecido a un núcleo de claridad, entonces parece difícil que de las cláusulas constitucionales puedan extraerse genuinas guías regulativas y jurídicas. Pero no nos adelantemos en nuestras conclusiones.

3. “Darse una constitución” y “vivir en constitución”

En otro lugar he sostenido que una buena concepción de la constitución debe de ser capaz de integrar y dotar de sentido el “darse una constitución” con el “vivir en constitución”¹³. La cuestión es muy importante porque lo que desde la perspectiva de la interpretación constitucional (de “tener una constitución”) muchos teóricos han calificado como “**conceptos esencialmente controvertidos**”, desde la perspectiva de la redacción de una constitución (de “darse una constitución”) se ve como “**acuerdos incompletamente teorizados**”. Si se es capaz de dotar de sentido a la formulación de acuerdos incompletamente teorizados, entonces probablemente vaya de suyo el sentido que haya que atribuir a los “conceptos esencialmente controvertidos”.

Si se acepta que la constitución del Estado constitucional no puede verse como una mera función del poder político existente en un momento determinado, es decir, como la pretensión de perpetuar una cierta dominación política, entonces parece que el momento constituyente debe interpretarse otorgando una cierta prioridad al **discurso** y al **consenso** (al reconocimiento de los criterios de legitimidad) frente a la **negociación** y el **voto** (manifestaciones de poder político). Si ello es así, entonces surge una pregunta clave en esta cuestión; cuya respuesta puede ayudar bastante a superar algunas de las perplejidades que los llamados conceptos esencialmente controvertidos han planteado a la teoría de la interpretación constitucional. ¿Cómo es posible que en

viesan o recorren todos los demás conceptos jurídicos. Ello supone que una teorización completa de los mismos tiene una fuerza expansiva extraordinaria, genera un sinfín de consecuencias jurídicas.

¹³ Cfr. Aguiló Regla, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* n° 24, 2001.

sociedades complejas y pluralistas, donde conviven concepciones del bien y de la justicia claramente divergentes entre sí, con un alto potencial de conflicto, etc., se alcance un acuerdo (un consenso) en torno a ciertas formas de acción y a ciertos criterios de legitimidad consistentes en valores y principios?

En efecto, es posible; con mucha frecuencia la gente puede llegar a acuerdos sobre prácticas constitucionales, derechos y valores fundamentales incluso estando en un desacuerdo profundo sobre las concepciones de la constitución y/o las concepciones de esos derechos y valores¹⁴. El vehículo a través del cual el constitucionalismo es posible no es otro que los llamados “**acuerdos incompletamente teorizados**”. Estos acuerdos tienen la virtud de silenciar aquello en lo que se está en real y radical desacuerdo y explicitar aquello en lo que se está de acuerdo. El acuerdo se alcanza a veces mediante procesos de abstracción y a veces mediante procesos de concreción, pero lo relevante es huir de aquello que radicalmente separa a los que participan en la convención constituyente. Por ejemplo, a veces en las constituciones se pueden encontrar normas que constituyen un acuerdo bastante concreto y cerrado y sin embargo es perfectamente posible que sea un acuerdo incompletamente teorizado. Es decir, que las razones por las cuales los participantes creen que una determinada práctica debe estar prohibida o debe estar permitida pueden diferir radicalmente. Pensemos por ejemplo en la prohibición constitucional de la pena de muerte. Es perfectamente posible que se alcance un consenso respecto a su prohibición y que, sin embargo, se dé un desacuerdo radical respecto a las razones por las que se considera ilegítima la pena de muerte. El acuerdo por concreción tiene la virtud de silenciar el desacuerdo sobre los principios más generales.

En otras ocasiones, el acuerdo se alcanza mediante la operación inversa; es decir, en lugar de descender conceptualmente se trata de ascender. Por ejemplo, un asunto especialmente conflictivo en casi todos los estados constitucionales es el del aborto; por lo que resulta prácticamente imposible generar un consenso en torno al mismo. De ello se sigue que la empresa de pretender constitucionalizar una solución normativa respecto del aborto esté probablemente llamada al fracaso. Una buena estrategia para alcanzar el acuerdo es silenciar el desacuerdo so-

¹⁴ En el desarrollo de este punto sigo a Sunstein, Cass R., “Constitutional Agreements Without Constitutional Theories”, en *Ratio iuris*, vol. 13, n° 1, Mayo-2000, págs. 117-130.

bre el caso concreto y acordar respecto de los principios más generales a partir de los cuales cada uno de los participantes cree poder inferir la solución concreta que le parece correcta. Obviamente ello supone que el acuerdo respecto de esos principios generales es un “acuerdo incompletamente teorizado”. Ahora bien, que esos principios abstractos o más generales no estén teorizados no significa que no tengan cada uno de ellos un núcleo concreto y compartido de casos claros amparados por esos conceptos generales. Pensemos en el derecho a la vida, la libertad personal, la dignidad de la persona, etc. como principios relevantes en materia de aborto y a partir de los cuales, según cómo se teoricen, pueden alcanzarse soluciones diferentes; el que ello sea así, efectivamente muestra su carácter de incompletamente teorizados, pero no quita que respecto de cada uno de ellos haya, a su vez, casos concretos compartidos; ejemplos claros, paradigmáticos y, por tanto, compartidos de atentados contra el derecho a la vida, contra la libertad personal y contra la dignidad de la persona¹⁵.

Los “acuerdos incompletamente teorizados” tendrían la virtud de permitir alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es necesario y hacer innecesario alcanzar un acuerdo allí donde el acuerdo es imposible. Desde esta perspectiva las constituciones serían una gran explicitación respecto de lo que estamos de acuerdo y un silencio elocuente respecto de lo que nos enfrenta. Naturalmente los silencios de una constitución no consiguen eliminar para el futuro el conflicto ideológico subyacente, pero sirven para poner en el primer plano el **consenso básico** a partir del cual puede construirse una **práctica jurídico-política** centralmente **discursiva o deliberativa**¹⁶. Como es obvio toda constitución

¹⁵ José Juan Moreso, remitiéndose a Quine, ha insistido particularmente en la idea de que si no hubiera casos paradigmáticos no habría concepto. En este sentido, ha escrito: “Podemos decir que un concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto”. Moreso, José Juan, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, en *Doxa*, núm. 23.

¹⁶ Nótese que la presencia de conceptos “polémicos” es propia del ámbito de lo político, del ámbito en el que se manifiesta el conflicto político; en este sentido es en el que decía que podían verse como el ring en el que se ventilaban las principales disputas político-sociales y que por ello su indeterminación nunca se resolvía mediante una estipulación de significado. Ahora bien, en este punto me interesa llamar la atención sobre el hecho de que la interpretación de los mismos como acuerdos incompletamente teorizados opera como un factor de integración (resalta aquello en lo que se está de acuerdo) y permite generar una práctica política centralmente dis-

además de “acuerdos incompletamente teorizados” tiene que establecer formas de acción política a partir de las cuales puedan desarrollarse esos acuerdos. Los acuerdos alcanzados por abstracción suelen desembocar en conceptos esencialmente controvertidos y, por ello requieren de procedimientos de determinación, es decir, de formas de acción política y jurídica que permitan concretar aquello que la constitución silenció. O dicho en otros términos, requieren de procedimientos que permitan pasar de los **principios constitucionales** a las **reglas jurídicas**; pero de nuevo, en este punto, lo fundamental es que estos procedimientos tendrán que tener un perfil netamente discursivo. Detrás de la idea de “democracia deliberativa” –tan en boga en los últimos tiempos– se encuentra precisamente eso. El valor de la democracia no proviene sólo del hecho de que sea un mecanismo de agregación de preferencias (eso en sí ya es relevante por cuanto es una forma de combatir la exclusión política), cuanto de que lo que se agreguen sean preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses o preferencias de todos. Aunque no puedo detenerme en ello, tengo la impresión de que en muchas ocasiones cuando se recela de las relaciones entre constitución regulativa y democracia, no se atiende suficientemente al hecho de que la deliberación relevante requiere consensos básicos y que por tanto no puede verse a la democracia como un simple mecanismo de agregación de preferencias¹⁷.

cursiva. Todo ello resulta congruente con la visión del constitucionalismo que aquí se está tratando de transmitir. Ahora bien, como se insiste a lo largo del texto, para que tal cosa sea posible es necesario el desarrollo de las actitudes adecuadas, porque es obvio que el carácter polémico de los conceptos políticos puede usarse en un sentido claramente opuesto. Como muestra puede valer el siguiente párrafo de Schmitt: “[...] todos los conceptos, ideas y palabras poseen [en el ámbito de lo político] un sentido *polémico*; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura [...] etc. resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar, y refutar con tales términos”. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, trad. R. Agapito, Alianza, Madrid, 1991, págs. 60 y 61.

¹⁷ En este punto, tal vez convenga aclarar que las tensiones entre constitución regulativa y democracia sólo se observan en la medida en que se considere a la democracia en términos participativos de los ciudadanos (bien como simple agregación de preferencias, bien como agregación de preferencias transformadas tras una deliberación), puesto que si se la ve exclusivamente en términos de un sistema destinado a la selección competitiva de las élites gobernantes, entonces no se observa esa tensión. En este sentido, me parecen esclarecedoras las siguientes palabras de Sartori: “La única forma conocida de construir un sistema político que no sea opresor es des-

Si en relación con los acuerdos incompletamente teorizados alcanzados por abstracción la idea de desarrollo constitucional requiere de procedimientos de determinación, en relación con los acuerdos alcanzados por concreción requiere de procedimientos de incorporación. En efecto, la presencia de normas constitucionalmente cerradas, tales como la prohibición de la pena de muerte, supone que se trata de reglas prácticamente inderrotables en ese sistema jurídico; que tienen un carácter tan básico que no cabe respecto de ellas ninguna deliberación que pudiera desplazarlas. Ahora bien, a partir de ellas es posible construir razonamientos por analogía (lo que implica que presuponemos principios subyacentes) y si ello es así, quiere decir que aquí también tiene sentido hablar de desarrollo constitucional. Lo relevante de ello radica en que las normas constitucionales cerradas cierran la deliberación respecto de los casos por ellas reguladas, pero pueden abrirla en relación con aquellos casos que son susceptibles de ser incorporados tomando el caso regulado por la regla como paradigma.

4. A modo de conclusión

El propósito de todo lo anterior ha sido el de superar algunas perplejidades que genera en muchos juristas la idea de interpretación de una constitución simultáneamente regulativa y abierta. El origen de estas perplejidades se encuentra en abordar la cuestión con la mentalidad del jurista formado en torno a la idea de imperio de la ley; pues, conforme a ella, sólo las normas constitucionales cerradas (las reglas) darían lugar a lecturas y razonamientos genuinamente jurídicos. Y desembo-

personalizar el poder, colocando a la ley por encima de los hombres. Pero el lazo que une la libertad y la ley nunca ha sido tan precario como hoy. Cuando la supremacía de la ley se disuelve en la supremacía de los legisladores, se abre la vía, al menos en principio, a la más sutil forma de opresión: la que se ejerce 'en nombre de la ley'. Y el remedio es, a mi juicio, el retorno al Estado constitucional con una conciencia renovada. No existe nada legalista en esta tesis porque, según mi razonamiento, la libertad política es la que sirve de apoyo a la legalidad, y no viceversa. Lo que sirve de protección de nuestras libertades en el momento presente son los 'derechos', no la ley como mera forma en la que los juristas confían; y nuestros derechos son la constitucionalización de una libertad negativa [...] En este sentido y bajo estas condiciones [...] sólo un sistema constitucional entendido como un instrumento regulador impersonal (no el poder popular como tal) han sido y todavía son los guardianes de las sociedades libres". Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*. 2. *Los problemas clásicos*, trad. S. Sánchez González, Alianza, Madrid, 1988, págs. 408-409.

ca en no pocas ocasiones en la adopción de actitudes jurídicamente escepticas respecto de las normas constitucionales abiertas (los principios) por cuanto –se dice– no darían lugar a razonamientos jurídicos, directamente subsuntivos. Es decir, la presencia en las constituciones de conceptos esencialmente controvertidos haría imposible hablar de aplicación de la constitución. Pero, en mi opinión, el que ello sea así no tiene por qué llevar al escepticismo en términos jurídicos.

Es obvio que en algunos casos las normas constitucionales cerradas exigen consistencia respecto de todas las demás normas del orden jurídico; se trata, en efecto, de casos claros de **aplicación o ejecución** de la constitución. Pero en todos los ámbitos en los que la constitución resulta abierta, lo que la constitución reclama es **desarrollo**. La vía propuesta para hallar el sentido jurídico de las constituciones abiertas consiste en sostener que si tiene sentido alcanzar **acuerdos incompletamente teorizados** (y generalmente se considera que sí lo tiene), tiene que tener sentido interpretar **conceptos esencialmente controvertidos**. En mi opinión, el sentido regulativo de tales conceptos y/o principios constitucionales sólo se ve claro si se asume que el sentido de **darse una constitución** es el de fundar una práctica constitucional orientada por principios y valores. No se trata, por tanto, sólo de que la norma constitucional resuelva *ex ante* algunos de los problemas y/o conflictos que puedan surgir, sino de que además oriente –aunque no resuelva sin más– la solución de todos los problemas jurídico-políticos. Las perplejidades que genera la interpretación de las constituciones se disuelven en gran medida si uno se aproxima a la constitución rígida como un documento fundacional de una práctica orientada por principios y valores. Si bien se considera, este planteamiento no trata de ser más que una aplicación de lo dicho anteriormente a propósito de que la expresión “**continuidad de una práctica constitucional**” se presenta como una síntesis armónica que permite eludir los términos indeseables de **sometimiento al pasado** (gobierno de los muertos) y de **ausencia de garantías de los derechos** (de estabilización de expectativas relativas a los derechos).

En efecto, toda concepción de la constitución tiene que dar respuesta al desafío que representa la tiranía del pasado. En mi opinión, el problema es irresoluble en la medida en que uno se aproxime a la constitución formal o rígida como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos

que puedan plantearse. Es decir, si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de **imposición que cierra la deliberación**, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien, si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores, tal conclusión ya no es obvia. Ello es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro; y, en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser una acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una acción simplemente anclada en (o motivada por) la simple obediencia al pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúan bajo una constitución tienen que ver el proceso constituyente (y en consecuencia aceptarlo) como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y, así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores. Ello, en mi opinión, es fundamental para poder afirmar –en frase que ha hecho fortuna– que “la constitución pertenece a las generaciones vivas”¹⁸. Ésta es la razón por la que hay que insistir en la idea de que los constituyentes “reconocen” valores, no los constituyen. Lo fundamental para la estabilidad de una práctica constitucional es que las generaciones vivas se “reconozcan” en esos mismos valores aunque sin duda es posible que los “teoricen” de maneras distintas a como los hubieran teorizado los “padres fundadores”. Lo que dota de continuidad a una constitución es la orientación, no precisamente todos sus contenidos concretos. En la medida en que las generaciones vivas “reconozcan” también los valores incorporados a la constitución (aunque –repito– tal vez los teoricen de maneras diferentes) la estabilidad de esa constitución está, me parece, garantizada. La clave de la continuidad constitucional está en poder interpretar la acción de los constituyentes como orientada por el reconocimiento de principios y valores y la acción de los constituidos como orientada también por el reconocimiento de esos mismos principios y valores.

En definitiva, si se asume el reto que supone para el constitucionalismo el problema de la tiranía del pasado, entonces hay que aceptar, me parece, que el constitucionalismo se ve constreñido a moverse dentro de una función que relaciona la rigidez constitucional (dificultad

¹⁸ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1997.

para el cambio) con la apertura regulativa (adaptabilidad). Esta función establece que a medida que se incrementa la rigidez constitucional (se dificulta el cambio) tiene que incrementarse su apertura regulativa (adaptabilidad)¹⁹. Ahora bien, si uno interpreta esta función en términos meramente estructurales (a la manera de “una constitución democrática tiene que ser una constitución regulativamente imprecisa”) puede acabar generando lecturas de la constitución jurídicamente escépticas. La propuesta de encontrar el sentido jurídico a los **conceptos esencialmente controvertidos** a partir del sentido que atribuimos a los **acuerdos incompletamente teorizados** no es más que una aplicación de la idea de que una buena concepción de la constitución tiene que ser capaz de integrar el sentido de “**darse una constitución**” con el de “**vivir en constitución**”. El punto de conexión entre ambos hay que encontrarlo en exigencias deliberativas y argumentativas y en el desarrollo de las actitudes adecuadas.

Recibido: 7/11/2006

Aceptado: 7/02/2008

¹⁹ De ello me he ocupado extensamente en Aguiló Regla, Josep: “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa*, nº 26-2003, págs. 283 y ss. Sobre la relación entre rigidez y abstracción, véase también Ferreres Comella, Victor: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Doxa*, nº 23-2000, págs. 29 y ss. (<http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>).