

# CONSTITUCION Y ESTRUCTURA. UNA TEORIA DEL PODER CONSTITUYENTE

DIEGO LÓPEZ GARRIDO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO COMO DERECHO DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL.—1. *El conocimiento jurídico*.—2. *La estructura fundamental del ordenamiento jurídico*.—A) Ordenamiento y sistema.—B) Ordenamiento y función.—C) Ordenamiento y estructura.—D) Diferenciación con otros conceptos.—3. *Excurso: principios constitucionales y reforma constitucional*.—II. APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE.—1. *La historicidad del derecho*.—2. *El Poder Constituyente*.—a) Naturaleza jurídica.—b) La composición del Poder Constituyente.

## INTRODUCCIÓN

No es descubrir nada nuevo decir que la teoría jurídica española no ha estado falta de dificultades ni sobrada de fuerzas para cumplir, a lo largo de su recorrido histórico, la función que se supone tiene el conocimiento científico de la materia normativa.

Unas veces por ausencia de condiciones políticas, otras por influencia desmesurada de creaciones doctrinales foráneas y otras por razones que no se pueden endosar a circunstancias ajenas a la propia responsabilidad, la ciencia del Derecho en nuestro país ha tenido problemas para producir una cultura jurídica original.

En los últimos decenios, con un régimen autocrático del que la vinculación a normas objetivas no era precisamente una de sus virtudes, probablemente haya que considerar que se daba plenamente la primera de las razones anteriormente señaladas.

Pero, a partir de 1978, esas razones han perdido gran parte de su sentido en un Estado que se autotitula social y democrático de Derecho, y que pretende asegurar «el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular».

En 1978 se aprueba por los españoles una Constitución democrática. Es un nuevo elemento que trastorna, en el mejor sentido de la palabra, nuestra realidad jurídica.

El artículo 1.º-1 de la Constitución dice que España «se constituye» en un Estado social y democrático de Derecho. La disposición derogatoria abole sin dejar lugar a ninguna duda la legalidad de la dictadura. Y el artículo 9.º-1 dice que la Constitución vincula a los poderes públicos y a todos los ciudadanos. Se puede decir que si algún tipo de ruptura ha existido en la transición democrática española esa ha sido una ruptura *jurídica*. De ahí la gran energía transformadora que la Constitución irradia en el nivel del derecho.

La Constitución crea objetivamente un «espacio» jurídico cualitativamente nuevo, que no puede ser rellenado sólo a golpe de ley o de sentencia del Tribunal Constitucional. También está llamada a colaborar la doctrina en la creación de un espacio *teórico* jurídico paralelo.

Pues bien, la Constitución traza una determinada forma de ver el derecho, en lugares muy señalados de su texto: el derecho como ordenamiento.

Así lo define el artículo 1.º-1: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su *ordenamiento* jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Y el artículo 9.º constituye una fórmula contundente que obliga literalmente a comenzar toda labor de conocimiento jurídico desde los postulados teóricos del concepto de ordenamiento. Dice así su apartado 1.º: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del *ordenamiento* jurídico».

La Constitución aparece en esta definición, integrada, desde un punto de vista lógico, en el ordenamiento.

Ese ha sido el punto de partida de este trabajo. Un trabajo de teoría jurídica que pretende responder a la pregunta: ¿dónde encuentro, dentro del ordenamiento jurídico, derecho de naturaleza *constitucional*?

La finalidad del trabajo es algo sencillo y pragmático: elaborar criterios teóricos para conocer, dentro del conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico —entre ellas la Constitución—, cuáles forman derecho constitucional. Entendiendo por tal aquella parte del ordenamiento que tiene una naturaleza primaria, más exactamente, *determinante* para la realidad jurídica.

Debo confesar que este trabajo se ha construido, como suele suceder casi siempre, sobre una intuición o idea —probablemente ni original ni brillante— que siempre tuve, y es que hay normas jurídicas de rango no constitucional que tienen tanta fuerza jurídica o más que muchos preceptos de la Constitución formal. Porque fuerza jurídica no equivale necesariamente a fuerza derogatoria o a rango. En el interior de un ordenamiento hay muchos matices que varían los datos puramente formales.

Por eso, el objetivo que las páginas que siguen intentan cubrir es el de suministrar instrumentos para conocer lo más científicamente posible qué es, en la realidad, derecho constitucional, lo que luego llamaré *estructura del ordenamiento*.

Este es el material de conocimiento necesario para construir sobre él el segundo objetivo del presente estudio: una aproximación a la teoría del *Poder Constituyente*.

## I. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Dice BACHELARD que el hecho científico se conquista, construye y comprueba (1). Lo que significa reivindicar en primer término la

---

(1) GASTON BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*. Citado en P. BOURDIEU y otros, *El oficio de sociólogo*, pág. 25. Vid. también MAX PLANK, *L'image du monde dans la physique moderne*, Gauthier, 1963.

fijación de la base de todo conocimiento: el *objeto*. Frente a algunas investigaciones concebidas en función de las necesidades de la causa lógica o metodológica, no puede sino evocarse, con KAPLAN, la conducta de un borracho que, habiendo perdido la llave de su casa, la busca sin embargo con obstinación bajo la luz de un farol, ya que alega que allí se ve mejor (2).

Un objeto de investigación no puede ser construido sino en función de una problemática teórica que permite someter a un sistemático examen todos los aspectos de la realidad que están en relación con los problemas planteados. KANT definió la teoría como «un conjunto de reglas prácticas, entendidas como principios que contienen una cierta generalidad». LALANDE considera que la teoría es «por oposición al conocimiento vulgar, lo que es objeto de una concepción metódica, sistemáticamente organizada y dependiente, por ello, en su forma, de ciertas decisiones y convenciones científicas que no corresponden al sentido común» (3).

Si el *concepto* es un modo de «apresar» la realidad, puede decirse que la teoría en el derecho es una forma de apresar la realidad jurídica.

Con estas consideraciones previas podemos entrar a definir qué es derecho de contenido constitucional en los siguientes términos:

*Es aquel ámbito del ordenamiento jurídico que constituye su estructura fundamental.*

Vamos a desarrollar esta definición.

### 1. *El conocimiento jurídico*

El derecho es una realidad que no se justifica por sí misma, ni tiene unos «fines» propios (4). El derecho es, al menos desde el na-

(2) *Ibid.*, pág. 21.

(3) *Ibid.*, pág. 54.

(4) Véase una posición contraria en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Prólogo a la Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pág. 28.

cimiento del Estado Moderno, una *mediación* dentro del proceso político autoorganizatorio que las sociedades modernas desarrollan (dualismo sociedad-Estado). Es un instrumento en ese proceso; desde hace siglos se le viene considerando como uno de los medios del Estado. Como tal instrumento no forma una esfera lógica independiente, ni una legitimidad propia separada de la del Estado.

Por otra parte, el Derecho, o su concreción práctica normativa, no es un ente sin sujeto, es decir, está *determinado* socialmente.

Ahora bien, en ese proceso de politización de la sociedad industrial, en el que el orden jurídico juega un rol preeminente, se produce lo que yo llamaría fenómeno *institucionalizador*, que no es sino el modo de hacer las formas sociales históricamente duraderas. El Estado es la principal expresión de ese fenómeno de institucionalización (quizá se asemeja a lo que SMEND llama integración objetiva) (5), pero también otros aparatos, entre ellos el aparato jurídico, el derecho, que así pasa a adquirir una permanencia que rebasa a la de la propia decisión política que lo originó primariamente, hasta incluso ocultarla. La decisión sufre un *proceso objetivador* cuya expresión tangible es la norma jurídica.

La energía objetivadora o institucionalizadora del derecho moderno permite, en base a esta su naturaleza, una cierta transformación incluso de la propia realidad de la que emerge, con la que, por tanto, el orden jurídico está en perpetua dialéctica.

Por ello, debe contemplarse el fenómeno jurídico no en cuanto mundo normativo aislado, autoabastecido, sino, de un lado, como portador de significación, es decir, con un sentido *político* (recordemos: derecho = decisión política objetivada), y, de otro, y, en consecuencia, como relación *social* (derecho en dialéctica con el entorno).

Ciertamente que hacer operativo el mundo de las normas jurídicas en uno de los fines del conocimiento del derecho (6), pero

---

(5) ULDERICO POMARICI, *La Teoria dell'integrazione in Rudolf Smend*, en «Democrazia e Diritto», 1982, XXII, pág. 111.

(6) *Ibid.*

si se quedase ahí difícilmente podría considerárseles como tal. Si fuese simplemente la consideración solipsista de las normas sin integrarlas en el contexto político-social que las explica, hasta la típica acción jurídica de subsunción podría resentirse. Por otra parte, la actitud tecnicista conduce a que las patologías y disfunciones jurídicas, la obsolescencia de las normas, o la contradicción entre sectores del ordenamiento, sean entendidas como problemas cuya etiología radica en el propio ordenamiento, y no, como suele ser lo más corriente, en los cambios sufridos por el entorno histórico concreto. De modo que la política legislativa se elaboraría en base a una pura concepción de la eternidad metasocial de determinadas formas normativas; y a las supuestas propiedades mágicas de la «ingeniería» jurídica (esta viene siendo por cierto, de un tiempo a esta parte, la dirección doctrinal de un sector de constitucionalistas italianos) (7).

En última instancia, la huida que hace el juridicismo de los procesos profundos que producen y condicionan el derecho conduce, contra lo que pudiera pensarse, a la arbitrariedad en la aplicación concreta de la norma, a la ideologización solapada de la práctica jurídica. El jurista técnico se convierte en verdad en un dogmático en la medida en que su labor interpretadora está montada sobre criterios que no se predicán desde postulados fundados científicamente, sino desde concepciones puramente apodícticas, meros juicios de valor.

Todo conocimiento, dice CORDÓN con palabras perfectamente aplicables a nuestro caso, consiste siempre en dar cuenta de los seres u organismos por procesos de su entorno e, inversamente, en dar cuenta de estos procesos por los seres que constituyen sus fuentes de origen (8).

La científicidad del conocimiento jurídico sólo es posible si se intenta descubrir por debajo de la superficie del propio ordena-

---

(7) PABLO LUCAS VERDÚ, *Una reciente aportación de la doctrina italiana a la teoría de la Constitución: la ingeniería constitucional*. «Revista de Derecho Político», núm. 4. Otoño 1978, págs. 37-38.

(8) FAUSTINO CORDÓN, *La biología evolucionista y la dialéctica*, Madrid, 1982, pág. 18.

miento los principios e instituciones básicas identificadoras del mismo, o sea, si se realiza un verdadero ejercicio de *introspección*.

Introducir en el conocimiento jurídico atenuado por el normativismo la concepción global de los procesos sociales; conectar con otras ciencias del hombre para explicar el hecho jurídico colaborando así en la dinámica de convergencia de aquéllas; profundizar en los principios básicos del conjunto del ordenamiento en un sentido interdisciplinar... He ahí algunos objetivos a que desea contribuir este trabajo.

## 2. *La estructura fundamental del ordenamiento jurídico*

Si cada ciencia se especifica por su objeto formal (ALFREDO DEAÑO) (9), el del conocimiento del derecho es el ordenamiento jurídico.

Las normas no son el único objeto de la labor de interpretación desarrollada por la jurisprudencia, la cual, de ser así, sería algo parecido al procedimiento de resolución de un complicado crucigrama; las normas son fórmulas operativas de las que el intérprete se vale para entender la realidad jurídica (FROSINI) (10). La labor principal del jurista es la de reconstruir *la lógica interna* que sostiene al conjunto de normas, es decir, lo que las hace cabalmente ordenamiento.

Desde los supuestos de la Constitución de 1978, y como el principio señalé, es inevitable tomar como punto de partida conceptual la idea de *ordenamiento*. El artículo 1.º-1 de nuestro texto fundamental —no es casualidad la ubicación— dice:

«España se *constituye* en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su *ordenamiento* jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

(9) A. DEAÑO, *Lógica simbólica y lógica del lenguaje*, Madrid, 1972.

(10) V. FROSINI, *La estructura del Derecho*, Bolonia, 1974, págs. 225 y sigs.

Así, los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político sobre los que se apoya y que defiende el nuevo Estado democrático español, se predicán precisamente de lo que la Constitución llama *ordenamiento jurídico*

No es preciso exagerar, pues, la importancia constitucional del concepto, y, en consecuencia, la importancia de definirlo.

#### A) Ordenamiento y sistema

El ordenamiento jurídico puede ser definido como el conjunto de instituciones, relaciones y conductas consideradas como necesarias en un sistema social dado. Si de este conjunto de instituciones, relaciones y conductas —lo que podríamos llamar elementos del ordenamiento— se escogen aquellas que son objeto de reconocimiento y tutela por los órganos de poder estatales (no importa cuál haya sido la instancia creadora de las normas que componen la regulación jurídica) nos encontramos ante lo que cabe denominar ordenamiento jurídico estatal.

Una nota característica del ordenamiento jurídico es su significado coherente. El tratadista de inevitable referencia a este respecto es el maestro SANTI ROMANO, que ya puso de manifiesto cómo el ordenamiento jurídico no se agota en las normas, sino que va mucho más allá, hasta configurar todo un sistema en el cual esas normas están inmersas y adquieren sentido.

El ordenamiento jurídico no es una obra de arquitectura geoméricamente perfecta, a la que no le falte nada, o en la que todos y cada uno de sus componentes existan con absoluta incontingencia. Como advierte el profesor DÍEZ PICAZO, hay proposiciones jurídicas que desde un punto de vista lógico carecen de necesidad, o que poseen un alto grado de arbitrariedad (11). Porque se ha legislado en diversos momentos históricos, no en un único acto; bajo diferentes posiciones sociales; en situaciones políticas diversas. El legislador no ha sido siempre el mismo, ni ha perseguido en todos los casos una labor unificadora del ordenamiento.

---

(11) L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1973, pág. 60.

Pero todo eso no faculta, en nuestra opinión, para afirmar la asistematicidad crónica y esencial del Derecho; no impide llegar a encontrar unas racionalidades internas al ordenamiento, que dan a la teoría jurídica la razón de su propia existencia. El Derecho deja de ser un mero agregado de normas y se convierte en un *ordenamiento*, que, aun sin ser un modelo absolutamente perfecto de sistematicidad, indefectiblemente «tiende» a serlo. El «*ius vetus*» —por llamar de alguna forma a la normativa obediente a antiguos postulados— no puede hacer de caballo de Troya en un entorno novedoso que intenta ser coherente. Esto se refleja en todas las zonas del cuerpo jurídico, incluso en los aspectos más asépticos, como ha demostrado en Francia ANDRÉ JEAN ARNAUD (12).

El propio ordenamiento jurídico prevé, como acertadamente observa el Tribunal Constitucional, vías procesales «para unificar criterios, como puede ocurrir con la formación de una jurisprudencia de los tribunales de casación, los recursos en interés de la ley, los recursos de revisión en materia contencioso-administrativa y otros semejantes. Y entre ellos es claro que ha de situarse también el recurso de amparo, cuando a través de él pueda, en rigurosa aplicación de legalidad constitucional, restaurarse la igualdad jurídica perdida» (Sentencia de 9 de julio de 1984, fto. jco. 2, BJC 39, p. 968).

Las anteriores ideas se afirman de forma aún más evidente en la Sentencia de 29 de junio de 1984, fto. jco. 2 (ponente: FRANCISCO TOMÁS VALIENTE) (BJC 39, p. 911), cuando el Tribunal Constitucional señala que el subsistema jurídico de una Comunidad Autónoma "se sitúa en un *sistema*, el ordenamiento jurídico estatal como totalidad".

El ordenamiento jurídico forma, en efecto, un «sistema», entendiéndose por tal «un conjunto de elementos en interrelaciones estructurales» (13). Este sistema puede evolucionar, y transformarse debiendo distinguirse las transformaciones «en» el sistema de las transformaciones «del» sistema. Mientras que las primeras modifican

---

(12) ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français (la règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, París, 1973.

(13) *Vid.* el trabajo de O. R. YOUNG, *Systems of Political Science*, Englewoods Cliffs, 1968.

algunos aspectos de la configuración de los elementos que componen el sistema, las segundas, al incidir sobre las líneas básicas que conforman la esencia del sistema, hacen perder la identidad de éste. Cuando esto ocurre podemos decir que ha cambiado la *estructura* del sistema, pues ésta es la que le otorga su personalidad identificativa. Luego profundizaremos en esta idea.

El positivismo racionalista del siglo pasado ya defendió con ahínco el carácter sistemático del Derecho. FRANZ WIEACKER ha descrito la forma en que la Escuela Histórica, al enfatizar exageradamente la realidad jurídica dada, desemboca en lo que puede llamarse positivismo «jurídico-científico», cuyos mejores representantes lo fueron los pandectistas germanos y la «Begriffs Jurisprudenz», y, más tarde, el positivismo legal relativista de la Escuela Alemana del Derecho Público (14).

Esta dirección de la teoría jurídica —tan fecunda por otra parte— intentó implantar, en primer lugar, un nuevo método, al cual podríamos llamar antitópico, por el predominio que en él tiene el razonamiento *a priori* y el deductivismo. El ordenamiento jurídico está presidido por unos axiomas de los que, casi matemáticamente, vienen a deducirse, en forma escalonada y secuencial, todas las proposiciones jurídicas, con lo cual éstas se encuentran interrelacionadas. Estas conexiones mutuas, exigencia lógico-inmanente o lógico-natural del sentido mismo de las instituciones, permiten hablar a la jurisprudencia de conceptos de algo parecido a un «sistema» (15).

¿Nuestro concepto de ordenamiento jurídico puede ser asimilado a estas ideas? La respuesta es negativa, tanto con relación a las bases doctrinales de partida, como al método utilizado, como a las conclusiones a que se llega.

La concepción lógico-sistemática es una especie de nuevo Derecho natural positivizado. Trata a los conceptos jurídicos con un apriorismo y una autonomía intelectual absoluta; como entes independientes, como realidades lógicas. Anticipándose en cierto modo a

---

(14) FRANZ WIEACKER, *Privatrechts-Geschichte der Neuzeit*, Gottinga, 1952. Hay traducción española, Madrid, 1957.

(15) L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Madrid, 1973, *Vid.* GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, ed. 1893; cit. por DÍEZ-PICAZO.

HUSSERL, REINACH o SCHREIR, aplica un idealismo trascendental al conocimiento del Derecho. Esta se transforma en una lógica pura de los objetos ideales jurídicos. El Derecho positivo «encuentra» fenomenológicamente los conceptos jurídicos, no los produce, pues son objetos ideales apriorísticos, atemporales; realiza una pura descripción eidética de ellos.

El concepto sistémico de ordenamiento a que antes me he referido no participa de estas últimas premisas. Las bases de partida están despojadas de todo dogmatismo. No puede aceptarse un idealismo jurídico de carácter objetivo al estilo de BERKELEY o HUME, entre otras cosas porque el Derecho es un fenómeno inmanente, no trascendente.

La metodología a utilizar es, por tanto, no un apriorismo axiomático, sino, más bien, un auténtico positivismo —en el sentido que dio a este término AUGUSTO COMTE—, que actúa sobre el material empírico vigente, desprovisto de cualquier elemento metacientífico, es decir, no verificable. Al menos, como humilde propósito de intenciones.

## B) Ordenamiento y función

En estrecha unión con el concepto de sistema está el de función, que da nombre a la corriente funcionalista contemporánea (16). Este «approche» —que PARSONS califica de estructuro-funcionalista— reposa sobre la idea de la interdependencia existente entre todos los elementos del sistema social, cada uno de los cuales cumple una o varias «funciones» o roles, que contribuyen al mantenimiento y desarrollo del mismo.

---

(16) La dirección investigadora funcionalista se ha desarrollado a partir de los años 20, primero en antropología con MALINOWSKY y RADCLIFFE-BROWN; después en sociología con TALCOTT PARSONS, MARION LEVY Jr. y ROBERT KING MERTON. Vid. la excelente exposición y crítica de las doctrinas funcionalistas de MERTON, PARSONS, EASTON, ALMOND y KAPLAN en EUGENE J. MEEHAM, *Contemporary Political Thought. A critical study*, Homewood, Illinois, 1968. Para este trabajo he utilizado la traducción española, Madrid, 1973; vid. págs. 105 y siguientes.

Es la misma idea que aplican las ciencias biológicas cuando se refieren a los procesos vitales u orgánicos en la medida en que contribuyen al mantenimiento del organismo (17). Así, si un conjunto de elementos interrelacionados de forma coherente, armónica y relativamente estable y constante forman un sistema estructurado, la idea de función alude al «rol» específico asumido por cada elemento de ese conjunto solidario (18).

Para RADCLIFFE-BROWN, el concepto de función, tal como ha sido definido, «envuelve la noción de una estructura consistente en un conjunto de relaciones entre entidades elementales, y la continuidad de la estructura es mantenida por un proceso vital constituido por las actividades de las unidades constituyentes» (19).

Pues bien, el ordenamiento jurídico está compuesto de elementos interrelacionados coherentemente, elementos que ejercitan cada uno una función necesaria para la existencia de aquél. Estos elementos, estas unidades elementales del ordenamiento, serían, como intuyó SAVIGNY (20), las instituciones (21).

Las instituciones actúan como verdaderas estructuras respecto a las relaciones y conductas normativizadas por las reglas jurídicas que se mueven en su esfera. Toda institución se sitúa, por tanto, en un nivel intermedio. Por un lado, está inserta en el interior de un sistema —el ordenamiento jurídico estatal—; cumple en él el papel de elemento componente, y, como tal, se comporta como una «función» de la estructura en que el ordenamiento se organiza. Por otro lado, es una estructura de segundo grado, un subconjunto del siste-

---

(17) ROGER-GÉRARD SCHWATZEMBERG, *Sociologie Politique*, París, 1971, págs. 22 y sigs. *Vid.* también los seis sentidos distintos que del concepto «función» ofrece NAGEL en *The Structure of Science, Problems in the Logic of Scientific Explanation*, 1961, págs. 520 y sigs. (tomado de MEEHAM, cit.).

(18) *Vid.* la explicación de R. G. SCHWATZEMBERG, cit., pág. 19. Para JEAN STOETZEL, la estructura es, igualmente, un conjunto de «roles» relativamente estable.

(19) RADCLIFFE-BROWN, *On the concept of functions in social science*, *American Anthropologist*, vol. XXXVII, 1935, reeditado en *Structure and function*, en *Primitive Society*, Londres, 1959 (3.ª ed.), pág. 179.

(20) SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlín, 1840, págs. 9 y sigs.

(21) *Vid. supra*, págs. 72-73.

ma total y, por tanto, compuesto a su vez de elementos —que podríamos llamar «subinstituciones»— que desempeñan en relación con la institución el mismo papel de funciones que ésta cumple respecto al ordenamiento jurídico.

En realidad, el ordenamiento jurídico estatal está compuesto de sub-ordenamientos y éstos se descomponen en ordenamientos de grado inferior.

Tenemos, por ejemplo, las obligaciones, de entre las instituciones que forman nuestro ordenamiento jurídico. Toda una serie de sub-ordenamientos o sub-instituciones regulan las diversas fuentes de la institución madre. Así, el artículo 1.090 del Código civil enumera las fuentes de las obligaciones, y a cada una de ellas se refieren luego los artículos 1.090, 1.091, 1.092 y 1.093, para remitirse a los sub-ordenamientos correspondientes.

Según estos preceptos, las obligaciones nacidas de Ley se rigen por la Ley especial en cuestión y, subsidiariamente, por el Código civil (artículo 1.090); las obligaciones contractuales deben cumplirse de acuerdo con lo dispuesto en el pacto correspondiente (artículo 1.091); las que nazcan de delitos o faltas se rigen por lo dispuesto en el Código penal; y las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la Ley, por las disposiciones del capítulo II del título XVI del Código civil.

Pues bien, si se escoge uno cualquiera de estos sub-ordenamientos —por ejemplo, el que rige las obligaciones nacidas de delito—, puede observarse cómo se diversifica en otros tantos ordenamientos que regulan: el acto, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, en cuanto «elementos» básicos que forman, en interrelación coherente, la estructura del orden jurídico-penal. A su vez, dentro de la culpabilidad —seguimos escogiendo un sub-ordenamiento cualquiera como ejemplo— podrán distinguirse los ordenamientos que regulan las que pueden denominarse «situaciones que constituyen presupuestos o exigencia estructural de culpabilidad», de los que se refieren a la tradicional problemática de la intencionalidad de la conducta (dolo o culpa). Y si profundizamos aún más,, y escogemos las situaciones que constituyen y presupuesto de culpabilidad, encontraremos, a su vez, ordenamientos distinguidos que re-

gulan la atribuibilidad (artículos 8-8 y 9 del Código penal), la imputabilidad (artículos 8-1 y 2) y la intencionalidad (artículos 9-10, y 8-3 y 10).

Este ejemplo puede que sea exclusivamente modélico, al basarse en una fórmula codificada, y sistemática, pero sirve para expresar la idea de que el ordenamiento jurídico está compuesto, generalmente, por una serie escalonada de subordenamientos o subinstituciones, en cuanto elementos constitutivos de su estructura, que cumplen las funciones necesarias para la subsistencia y evolución de ese ordenamiento.

Esta perspectiva de varios niveles proporciona un concepto dinámico de ordenamiento, al poder estudiar sus transformaciones, lo que nos permite distinguir las reformas en niveles bajos y no peligrosos para la continuidad de la estructura, de las reformas en instituciones de primer grado o esenciales, influyentes de tal modo en la naturaleza intrínseca del ordenamiento que implican una auténtica transformación del mismo y, por tanto, una ruptura política con el sistema. Es lo que antes denominábamos transformaciones «del sistema», para distinguirlas de las transformaciones «en el» sistema (22).

En el primer caso, podremos decir que ha cambiado la *estructura* del sistema. En efecto, las instituciones y normas jurídicas no se mueven dentro del ordenamiento principal incoherentemente o sin ninguna relación mutua. Por el contrario —y aquí aparece la segunda característica que asemeja el ordenamiento jurídico a un sistema— hay una especie de cemento invisible que les une haciéndoles interdependientes respecto a cada uno de ellos y respecto al todo; es lo que llamo *estructura*.

### C) Ordenamiento y estructura

El ordenamiento jurídico, como conjunto, posee las dos esenciales características de todo sistema: una serie de elementos componentes (funciones); y una racionalidad básica que los interre-

---

(22) *Vid. infra*, págs. 131-132.

laciona e instala en una unidad coherente con sustantividad propia, o sea, una *estructura*. Esta estructura fundamental es la materia jurídica que podemos considerar genuinamente *constitucional*, porque es la que «constituye» como tal al ordenamiento jurídico, imprimiéndole su personalidad propia. La estructura fundamental del ordenamiento sería a éste lo que la causa a un negocio jurídico, aunque en este caso habría que decir que si bien hay negocios sin causa (Derecho cambiario), no hay ordenamiento sin estructura fundamental.

Antes de continuar, conviene precisar lo que debe entenderse por estructura. Este término viene entendido en dos sentidos completamente opuestos. En el primer sentido, se refiere a la parte que puede separarse de otras con las que está unida en virtud de las leyes físicas que rigen el mundo material. En alemán se utiliza, para este significado, la palabra «struktur», ya empleada por MARX. En el otro sentido, la estructura viene entendida de modo orgánico y significa la unidad profunda de una forma viviente: representa, por así decirlo, la forma interna de un organismo, y es la traducción de la noción alemana de «Gestalt» (23). Este último sentido se ha impuesto, desde las investigaciones psicologistas de GOETHE, en las ciencias del hombre.

Advirtió GOETHE cómo en los cuerpos orgánicos las partes no tienen sentido si no van referidas e instaladas en el todo en que consiste la mónada. De aquí parte la nueva psicología, la «Gestaltpsychologie» o psicología de la forma. Uno de sus representantes, WERTHEIMER, define así la forma (equivalente a estructura): «Las formas son unidades integradas, cuyo comportamiento no está determinado por el comportamiento de los elementos singulares que las componen, sino por la naturaleza intrínseca del conjunto». De la psicología, el concepto pasa a la filosofía; MERLEAU-PONTY, LANCELOT LAW WHITE, JEAN PIAGET, lo utilizan en algunas de sus obras. PIAGET, por ejemplo, afirma: «Diremos que hay estructura (en su aspecto más general) cuando los elementos estén reunidos en una totalidad

---

(23) VITTORIO FROSINI, *El concepto de estructura y la cultura jurídica contemporánea*, publicado en la «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», A XXXVI, 1959, págs. 167 y sigs. Traducido en *La estructura del Derecho*, Bolonia, 1974.

que, como tal, presente ciertas propiedades, y cuando las propiedades de los elementos dependan, entera o parcialmente, de estas características de la totalidad». De forma parecida, FLAMENT define la estructura como «un conjunto de elementos entre los cuales existen relaciones, de modo tal que toda modificación de un elemento o de relación supone la modificación de otros elementos y relaciones» (24). Otros autores definen la estructura como «conjunto con características de totalidad, y capaz de autorregular sus transformaciones internas» (25).

Después de RADCLIFFE-BROWN, y de FIRTH, FORTES, MURDOCK y, definitivamente, tras NADEL y LEVI-STRAUSS, el uso metodológico del concepto de estructura se ha impuesto en las ciencias sociales, aunque, hay que señalar, progresivamente modelizado, esto es, distanciándose de sus contenidos empíricos (26). Si en RADCLIFFE-BROWN la estructura está relativamente cerca de la realidad que explica, en CLAUDE LEVI-STRAUSS —artífice del traspaso a las ciencias sociales del método estructuralista que utilizaba la lingüística a partir de SAUSSURE— y, en general, en el análisis estructuralista contemporáneo, se produce una brusca ruptura entre el modelo y el hecho observable (27).

A la dirección estructuralista, sobre todo a la que GARAUDY llama abstracta y doctrinaria, hay que oponer objeciones serias. En la medida en que construye modelos ciegos, en que produce la elipsis del sujeto (LEVI-STRAUSS: «estructura trascendental sin sujeto»), y, por tanto, la elipsis de la historia, privilegiando el análisis sincrónico sobre el diacrónico, en esa medida nunca llega a explicar la realidad cambiante a que el modelo viene referido, modelo concebido como invariante *in aeternum* (28). Ello ha hecho, por ejemplo, que el in-

---

(24) PIAGET, *Eléments d'épistémologie génétique*, II, *Logique et équilibre*, pág. 34. FLAMENT, *L'étude structurale des groupes*, en *Bulletin de Psychologie*, 10, pág. 417. Citados por HERNÁNDEZ GIL en *Metodología del Derecho*, II, págs. 282-283.

(25) JOAN GARCÉS, *Desarrollo Político y desarrollo económico*, Madrid, 1972.

(26) *Vid.* a este respecto la exposición de FILIPPO BARBARO en *Significado y análisis de las estructuras en Antropología y Sociología*, incluido en el volumen *Estructuralismo y Sociología*, págs. 133 y sigs. Buenos Aires, 1969.

(27) *Vid.* en C. LÉVI-STRAUSS, *Tristes Tropiques*, París, 1962, pág. 49.

(28) JEAN-PIERRE COT y JEAN-PIERRE MOUNIER, *Pour une sociologie politique*, I, 1974, págs. 67 y sigs.

tento de MAURICE GODELIER para fusionar método estructural y método dialéctico haya encontrado insolubles dificultades.

No obstante, algunos de los hallazgos y desarrollos estructuralistas son aprovechables para el conocimiento jurídico, conocimiento de realidades cambiantes y socialmente determinadas, pero también de instituciones con resistencia al cambio, objetivadas, susceptibles de ser estudiadas con cierta autonomía. La idea de *estructura* como relación interna vinculada a la materia en que se integra (distinta a la *forma*, que es extraña al contenido), y situada de modo no inmediatamente visible; el concepto de interrelación o red (*network*) de relaciones entre elementos, como superador de la visión exclusiva del dato aislado con la consecuencia de entender que un cambio en un elemento del conjunto produce cambios correlativos en este último; la noción de *sistema* o totalidad; la noción de *función* (estructurofuncionalismo), y, muy en especial, la distinción que hace ROBERT MERTON entre funciones latentes de las estructuras y funciones manifiestas, llamando manifiesto a un factor que es intencionado y reconocido por los participantes en el sistema y latente a un factor que no lo es; la importancia de la abstracción modélica para conocer lo real, conjugando teórica y práctica, y rechazando el dilema sujeto-objeto en el análisis, etc... Todas estas construcciones teóricas son asumibles, con las adaptaciones metodológicas necesarias, para el conocimiento de «lo constitucional» en el ordenamiento jurídico.

La idea de *estructura fundamental del ordenamiento* (vid. *supra* nota núm. 69) indica que las normas jurídicas son la expresión sensible de esa estructura interna; están, en consecuencia, interrelacionadas. Las normas son y sólo son en términos de las demás normas; lo que predica la conexión interna del ordenamiento. La norma se ve obligada a transportar consigo allá donde va, como si de una mochila se tratase, el conjunto del ordenamiento, o sea, la estructura básica de éste, que le da sentido. Las normas son, así, portadoras (*trager*) de sentido.

Un concepto relacionado con la noción de estructura fundamental del ordenamiento es el de «orden público», definido por FROSINI como «la clave de todo sistema jurídico, que asegura el equilibrio complejo, la coordinación orgánica, el punto de conjunción de los

elementos que componen el ordenamiento jurídico». FROSINI, no obstante, no desarrolla este concepto, que, por otra parte, está definido por él de un modo excesivamente estructuralista y frío. El profesor DÍEZ-PICAZO se ha referido también al «orden público económico» como «los principios jurídicos generales que inspiran y presiden la organización económica de un determinado país en un determinado momento de su historia» (29).

Una teoría que puede servirnos de referencia para dejar clara nuestra idea es la que desarrolla la gramática generativa y transformacional en la formulación realizada por NOAM CHOMSKY. CHOMSKY y sus discípulos han sustituido el estructuralismo lingüístico meramente descriptivo (SAUSSURE y BLOMFIELD) por el estructuralismo genético. Sus conceptos básicos para explicar el lenguaje son los de estructura *profunda* (latente) y estructura *superficial* (patente). La gran intuición de CHOMSKY parte de preguntarse por qué existe en cada individuo la capacidad de crear frases que nunca memorizó antes. La explicación es que el individuo competente para hablar una lengua guarda en sí las claves de comunicación del lenguaje (la estructura profunda), que luego inconscientemente expresa, genera, en forma de habla y con diversas formulaciones (estructura superficial), a través de lo que llama reglas de transformación (30).

Pues bien, el ordenamiento jurídico vendría a ser un «lenguaje», con una *estructura profunda* (lo que llamo estructura fundamental) que le da su sentido y la mantiene con relativa resistencia al cambio —elementos de rigidificación del ordenamiento—, y unas manifestaciones normativas más superficiales, que cumplen la función de hacerlo operativo y eficaz socialmente. Las «reglas de transformación» serían las técnicas jurídicas en cada caso empleadas para formalizar el Derecho.

El jurista, por tanto, no partirá del dato exclusivo y primario de la norma en sí misma considerada, sino de la *posición* de la misma en el conjunto del ordenamiento, que es lo que va a permitir interpretarle en su significado real.

---

(29) FROSINI, cit., pág. 195. DÍEZ PICAZO, cit., pág. 50.

(30) NOAM CHOMSKY, *Aspectos de la Teoría de la sintaxis*. Madrid, 1970, en especial págs. 120-140.

Los elementos que integran la *estructura* fundamental son los principios normativos, instituciones y regulaciones concretas, que dan su impronta al ordenamiento. Son los nudos claves dentro de éste, cada uno realizando una *función* estructuradora y conformadora, una función expansiva en el interior del ordenamiento. Es aplicable a estos efectos el concepto de «función» estudiado por el enfoque funcionalista contemporáneo, a que antes se hizo alusión.

La continuidad del ordenamiento es asegurada por las construcciones jurídicas clave, a modo de pilares que atraviesan y sostienen el edificio legal, cada uno realizando una función adecuada al conjunto, en interrelación con los demás elementos. Esto es derecho cabalmente *constitucional*.

Es evidente que la Constitución formal contiene la mayor parte de los elementos que forman lo que he llamado estructura del ordenamiento o derecho constitucional. Pero la idea que yo quisiera destacar es que la constitución formal no monopoliza la materia «constitucional», porque no necesariamente contiene todas las instituciones clave del ordenamiento.

Pensemos en una figura jurídica que jugó un papel muy importante en el ordenamiento del Estado liberal: el *acto político*, al que me he referido en uno de mis primeros trabajos (31). El momento en que surge tal figura, en Francia (1872), corresponde al paso desde la justicia administrativa retenida a la jurisdicción delegada; es decir, cuando el poder ejecutivo pierde un importante resorte de acción jurídica. La reacción fue establecer un área de decisión discrecional exenta al control jurisdiccional (acto político) que implicaba equiparar Gobierno y Parlamento, acto administrativo y Ley, para determinadas cuestiones, las «political question», para emplear la terminología anglosajona. Sustituye, pues, el acto político a la justicia retenida en la función que cumplía ésta; función en que es sustituido luego, en parte, por el poder reglamentario y la legislación delegada. Se trataba de mantener abierto un mecanismo de control del Gobierno sobre el ordenamiento jurídico.

Si aplicamos a esta figura el concepto de estructura fundamental

---

(31) DIEGO LÓPEZ GARRIDO, *Principios de legalidad versus acto político*, en «Revista de la Facultad de Derecho», Madrid, vol. XVI, n. 43.

concluiríamos que el acto político era un elemento de la estructura del ordenamiento de la III República francesa. Como lo fue también de otros ordenamientos; por ejemplo, el español anterior a la Constitución vigente. [No del actual, sin embargo, pues, como señala el Auto del Tribunal Constitucional de 22 de octubre de 1980, debe entenderse derogado por la Constitución (artículos 106,1 y 23.1), el artículo 40.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que era la cobertura legal del llamado acto político.]

Otro ejemplo de elemento estructuralmente básico del ordenamiento no contemplado en la Constitución formal podría ser la regulación de la causa del negocio jurídico. El artículo 1.261 del Código civil dice: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia de contrato; 3.º Causa de la obligación que se establezca».

A nuestros efectos lo que nos interesa señalar es que hay aquí una limitación importante a la autonomía negocial (otro elemento básico del ordenamiento), cuya naturaleza no es en absoluto pacífica en la doctrina civilista. La doctrina dominante entiende que la causa no es sino el pr opósito común de las partes, elevado a la categoría de presupuesto básico del negocio (32). Pues bien, la teleología de tal disposición del código va dirigida a evitar propósitos inmorales o ilícitos en los contratantes. Es decir, se trata de una caución jurídica que cierra la utilización del cauce negocial a fines que se consideran inmorales o ilícitos, según el criterio jurisprudencial. Este resorte del Código civil ha perdido su posible fuerza en la sociedad de tráfico jurídico en masa, en donde proliferan los llamados negocios «abstractos» o sin causa (letra de cambio). En la sociedad liberal pudo ser, sin embargo, un elemento estructural de control ideológico.

En fin, para poner un ejemplo plenamente vivo hoy recordemos el significado objetivamente constitucional que posee el Título Preliminar del Código civil, en cuyo contenido no necesitamos profun-

---

(32) LUIS DíEZ-PICAZO, págs. 145-169.

dizar para afirmar que forma parte sin lugar a dudas de la estructura del ordenamiento.

En suma, el ordenamiento, que cuantitativamente tiene una extensión enorme, inabarcable como dice DÍEZ-PICAZO (33), cualitativamente obedece en cada momento histórico a una estructura que traba su contenido, y que le hace asequible a la interpretación impidiendo su dilución caótica (la analogía es un técnica interpretativa de autointegración que sólo se explica a partir de la idea de ordenamiento como estructura).

Como veremos más adelante, estas características toman su causa de que el Derecho es una realidad que se genera, que se produce por alguien, y en un tiempo determinado. Decía SAVIGNY que el Derecho, como el idioma, es producto, no de una voluntad arbitraria, sino de un crecimiento lento, gradual y orgánico; un producto de «fuerzas internas que operan silenciosamente», un «proceso invisible» (PUCHTA) (34).

Parafraseando a FERNAND BRAUDEL, yo diría que el objeto de este estudio es definir los procesos de «larga duración» del ordenamiento jurídico. «La larga duración —explica el eminente profesor francés en una amplia nota que me permito reproducir— es la historia interminable, indesgastable, de las *estructuras* y grupos de estructuras. Para el historiador, una estructura no es solamente arquitectura, ensamblaje; es permanencia, con frecuencia más que secular (el tiempo es estructura). Ese grueso personaje atraviesa inmensos espacios de tiempo sin alterarse; si se deteriora en tan largo viaje, se recompone a lo largo del camino, su salud se restablece y, en definitiva, sus rasgos sólo cambian muy lentamente». Y añade: «sólo cuando (cualquier nivel de investigación) ha alcanzado el nivel más bajo, medio soñoliento, del tiempo, aflora la estructura: los vínculos primitivos de parentesco, los mitos, los ceremoniales, las instituciones pertenecen al flujo más lento de la historia. Está de moda, entre los físicos, hablar de gravedad. Una estructura es un cuerpo sustraído a la gravedad, a la aceleración de

---

(33) LUIS DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teorías del Derecho*, Madrid, 1973, pág. 164.

(34) *Ibidem*, págs. 170-171.

la historia» (35). Las estructuras fundamentales del ordenamiento —es decir, las normas o instituciones de naturaleza *constitucional*— son procesos de «larga duración» en el Derecho.

#### D) Diferenciación con otros conceptos

Para precisar mejor el significado que quiero dar a esta noción de estructura fundamental, parece necesario hacer un deslinde respecto a algunos conceptos que poseen características que se aproximan a las que he descrito para aquélla.

a) En primer término, hay que señalar la diferencia con lo que se ha venido entendiendo por *Principios generales del Derecho*.

Entre los diversos sentidos con que han sido estudiados puede establecerse, simplificando lo más posible, una clasificación dualista. Para las teorías que podríamos llamar apriorísticas, los Principios Generales del Derecho preceden a las diversas regulaciones jurídicas existentes, ya que provienen de una especie de Derecho natural de la propia comunidad social, que nunca podrá ser suplantado por ordenamientos premeditados y artificialmente establecidos por el legislador humano. Desde la Grecia de Antígona, hasta los Códigos austríaco y albertino, pasando por la doctrina tomista, esta concepción ha estado presente en la vida jurídica.

Para DE CASTRO con la aceptación por el Código civil del término principios generales del Derecho, «ha venido a confirmarse y a ponerse en primer plano, en contra de las corrientes positivistas que dominaban en otros países, el valor fundamental reconocido a las normas no legisladas, en especial a las del Derecho natural». La importancia de estos principios es, para DE CASTRO, extraordinaria, hasta el punto de afirmar que «son la base en que descansa la organización jurídica» e «informan todas las normas formuladas» (36).

Hay otra perspectiva teórica, opuesta a la anterior, que, desde un estricto positivismo, admite que haya principios de un sistema de Derecho positivo determinado; obtenidos por el procedimiento de

---

(35) F. BRAUDEL, *La Historia y las Ciencias Sociales*, Madrid, 1979, pág. 125.

(36) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1955, págs. 463 y sigs.

abstraer de las normas positivas los presupuestos lógicos del ordenamiento (37). Esta parece ser la idea adoptada por el Código italiano de 1939, artículo 3.º, que coloca como fuente del Derecho subsidiaria de la Ley y la analogía, a los «principios del ordenamiento jurídico del Estado» (38).

Hasta aquí dos posiciones en torno a los Principios Generales del Derecho. Respecto de ellas cabe afirmar que no pueden asimilarse a lo que entendemos por estructura del ordenamiento. La diferencia respecto a los Principios de Derecho natural o los emanados de la comunidad social aparece diáfana desde el momento en que el concepto de estructura fundamental está referido estricta, específica y precisamente al ordenamiento jurídico positivo y no a cualquier otro. No se trata de un concepto axiológico, sino exclusivamente positivo —en el sentido más riguroso de la expresión—. Los órganos públicos encargados de la creación y la aplicación del Derecho no están obligados a acoger unos principios generales supuestamente metajurídicos, y si lo hacen, en ese mismo instante estarán positivizándolos y haciendo desaparecer cualquier interferencia extraordinamental.

Tampoco es posible aceptar la identificación entre estructura y Principios Generales del ordenamiento en el sentido estrictamente normativista explicado anteriormente, y ello por dos razones; ante todo, porque la primera realidad jurídica no son las normas, sino el ordenamiento; aquéllas son un índice de conocimiento de éste, y pueden o no estar de acuerdo entre sí (derecho semántico); y en segundo lugar, porque los sistemas jurídicos que han aceptado tal fuente del Derecho siguen considerándola de carácter subsidiario, mientras que la estructura del ordenamiento es de tal modo primaria que imprime carácter a cualquier disposición concreta, por ser fundamento del ordenamiento jurídico (39).

Principios Generales del Derecho y estructura fundamental del

---

(37) DE CASTRO, ob. cit., pág. 452. *Vid.* la crítica detallada a esta posición en págs. 456 y sigs.

(38) Cfr. art. 1.º 4 del Título Preliminar del Código civil español, aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974.

(39) *Vid. infra*, pág. 98.

ordenamiento no son, por tanto, idénticos, aunque podría decirse que algunos de ellos forman parte de ésta.

b) Una vez examinadas las diferencias que separan a los Principios Generales del Derecho de la estructura básica de un ordenamiento jurídico, es necesario realizar una labor similar con lo que la doctrina llama *Constitución formal*.

La Constitución formal, que, forzoso es reconocerlo, ha monopolizado la propia palabra Constitución, es, define GARCÍA-PELAYO, un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que, de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado, y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos (40).

La Constitución formal es, por tanto, un sistema cerrado de normas que, como diría VALLET DE GOYTISOLO, son producto de un «velle», o sea, de un voluntarismo del poder político que crea la regla jurídica.

A pesar de todos los intentos críticos contra ella, hay que afirmar con GARCÍA-PELAYO que sólo la concepción racional normativa ha tenido importancia para la formación del Derecho Constitucional. Y ello a pesar de que fue abandonando la carga axiológica revolucionaria inicial para reducir la Constitución a pura legalidad, una vez asentado el régimen liberal (41).

A primera vista podría parecer que nada separa a la constitución formal de lo que llamo estructura fundamental del ordenamiento. Ambos conceptos aluden a una pretensión de supremacía de determinados principios básicos sobre el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, hay diferencias, de grado y de fondo, que permiten distinguir claramente ambas figuras jurídicas.

En primer lugar, diferencias *cuantitativas*. La estructura viene referida al conjunto de un determinado ordenamiento jurídico, para extraer de todos sus sectores y de las relaciones internormativas los elementos fundadores, constituyentes, del mismo. La Cons-

---

(40) MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1961, pág. 34.

(41) *Ibidem*, págs. 64 y sigs., y 164 y sigs.

titución formal no necesariamente contiene las bases generales del ordenamiento; de hecho, nunca es así.

Las primeras constituciones revolucionarias nacen con pretensiones relativamente modestas en cuanto a su contenido concreto—no naturalmente en cuanto a lo que de ruptura política implicaron—; su objeto era la distribución del poder estatal y la fijación de determinados límites a ese poder en materias muy concretas: libertades y propiedad. Los grandes códigos liberales tuvieron, y siguen teniendo, mayor fuerza constituyente que los propios textos constitucionales.

Posteriormente, las constituciones han ampliado su ámbito de acción, aceptando en su seno la presencia política de grupos y clases sociales subalternas originariamente obviados, estableciendo principios básicos informadores del ordenamiento jurídico en su totalidad, e incluso conformando un cierto modelo social (la llamada Constitución económica); un ejemplo de todo ello es la Constitución española de 1978. Pero, aún aceptando este hecho, lo cierto es que tales principios constitucionales siguen teniendo una relativa eficacia conformadora o transformadora del ordenamiento, y que hay amplios sectores de éste «exentos» a la norma material fundamental.

Por poner un solo caso, pensemos en las obligaciones, institución capital del Derecho moderno industrial. La propiedad ha devenido un punto medio económico de las relaciones contractuales, lo que, unido a la dinámica constante de los valores económicos, y, por tanto, de los objetos jurídicos, hace del Derecho de obligaciones el centro del sistema (RADBRUCH) (42). Todo ello convierte a las obligaciones y contratos, no ya instituciones del Derecho privado, sino lo que la doctrina alemana ha llamado «supraconceptos» (Oberbegriff) que son aplicables a multitud de sectores jurídicos, Derecho administrativo, Derecho mercantil, Derecho laboral, incluso Derecho internacional.

Ahora bien, todo el gran tema de la configuración jurídica de la relación obligacional o contractual está en nuestro ordenamiento ausente (seguramente con buen sentido) de la Constitución. Podrían citarse muchas otras materias de similar importancia y de entidad

---

(42) L. DÍEZ-PICAZO, *Derecho Civil Patrimonial*, cit., pág. 60.

profundamente política (regulación de la propiedad, derecho de sucesión, contratos mercantiles en masa, derechos adquiridos, orden público internacional, etc.), que no pueden tener un encaje apropiado en el texto constitucional. Por no referirnos al importante tema de la «anomia» constitucional (SPAGNA MUSSO) (43).

En realidad, los textos constitucionales siguen en buena medida condicionados por una tradición —de la que la ciencia constitucional, integrada académicamente en el Derecho público, ha tomado su rasgo fuertemente estatalista u organicista— que consiste en limitar su contenido a la relación individuo-Estado, a la configuración competencial de los órganos supremos de éste y a las relaciones interórganos, es decir, lo que podríamos llamar el «estatuto del Estado»; sin referirse a otros importantes problemas de la organización social y económica. Cuando lo hacen es sólo para señalar grandes principios, cuya finalidad no es tanto fijar la ordenación de una determinada materia, cuanto establecer los límites de un amplio campo de actuación de las fuerzas políticas que concurren en la producción del Derecho —lo que hizo decir a CAPOGRASSI que las Constituciones modernas eran un «catálogo de divergencias» y no un catálogo de coincidencias (44)—. De modo que diversos modelos posibles de *estructura fundamental* tienen cabida en el marco de una Constitución formal.

Quizá una de las dificultades doctrinales mayores para extender el campo de la teoría de lo jurídico constitucional al resto del ordenamiento haya radicado en la idea kelseniana —cuanto menos discutible— de que todo el conjunto de las Leyes y reglamentos «desarrollan» la Constitución formal. Ello no es siempre así. ¿Puede decirse que el Código civil, de hace más de un siglo, desarrolla la Constitución actual? Ciertamente, la idea de desarrollo jurídico no opera en idéntico registro que la sucesión cronológica de normas, pero, en todo caso, hay que convenir en que sectores estructuralmente básicos del ordenamiento no tienen conexión directa con el concepto de Constitución formal.

---

(43) E. SPAGNA MUSSO, *Appunti per una teoría giuridica dell' anomia costituzionale*, en «Scritti in onore di Costantino Mortati». Roma, 1977. Tomo I, págs. 279-296.

(44) G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporáneo*, en el volumen colectivo «La crisi del diritto». Padova, 1953, págs. 13-47.

Con ello conectamos con el otro gran orden de diferencias entre estructura del ordenamiento y Constitución formal, que en este caso son de carácter *cualitativo*, o sea, afectante a la esencia de uno y otro concepto. La naturaleza de la Constitución formal está montada sobre la superlegalidad material —lo que doctrinalmente también fue consagrado por la *Stufenbau* kelseniana—, es decir, se apoya en su mayor poderío jerárquico en relación con el resto de las normas, lo cual obedece a necesidades políticas prácticas. La *estructura*, sin embargo, tiene fuerza constituyente, no por el hecho de habersele supuestamente conferido por alguien facultades para hacerlo en un momento concreto, sino porque así resulta de la conformación del ordenamiento. Su existencia, pues, no deriva de una necesidad práctica, sino de una necesidad lógica.

La estructura del ordenamiento no tiene una corporeidad igual a la Constitución formal. La estructura no «debe ser» (otra herencia kelseniana), simplemente «es». No tiene la misma naturaleza que las normas sensibles en que se expresa —que son, a efectos prácticos, las únicas que obligan a su cumplimiento—; la estructura es el sentido del ordenamiento jurídico, su personalidad profunda, que para hacerse eficaz necesita de la mediación de la norma escrita o reconocible, recordemos el ejemplo del lenguaje.

La estructura del ordenamiento no es un instrumento político de conformación social, a diferencia de las normas sensibles, sino la lógica profunda del ordenamiento tal como resulta de su estudio científico. No es una huera superestructura ideológica, sino la propia realidad del ordenamiento jurídico, su sentido más radical. Ese es, por otra parte, el cometido genuino de toda abstracción científica. Así, decía LENIN: «Toda abstracción científica refleja la naturaleza más profunda, más fielmente, más completamente. De la intuición viviente al pensamiento abstracto y de éste a la praxis, tal es el camino dialéctico del conocimiento de la verdad, del conocimiento de la realidad objetiva» (45).

A mi juicio la noción de estructura permite al intérprete escapar

---

(45) Vid. en *Ausdem philosophischen Machlass* (pág. 89); JEAN VIET, *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales*, Buenos Aires, págs. 245 y 257.

de la atadura hermenéutica de la norma concreta. Evita que el jurista sea el mero brazo ejecutor de esa norma para pasar a ser su *conocedor*.

Podría decirse, entonces, que si, aparentemente, la Constitución formal es un acto que en la praxis aparece como «previo», como voluntarista, y la estructura un concepto «a posteriori», resultado de un estudio en profundidad del ordenamiento, en la realidad se invierten los términos, porque es la estructura profunda del ordenamiento quien «crea» ontológicamente la Constitución formal. Y ello por una razón real, que desarrollare más adelante, y es que quien sustenta la estructura fundamental es el Poder Constituyente, y quien elabora la Constitución formal es el llamado «Poder constituyente constituido», determinado políticamente por el primero.

Todo lo anterior en modo alguno puede significar restar a la Constitución formal su capacidad constituyente. Al contrario, la Constitución formal escrita tiene, por la fuerza normativa que se le atribuye, una intrínseca capacidad de arquitectura jurídica, lo que MORTATI llama «stabilizzazione di strutture» (46), e incluso lo que califica PIERO CALAMANDREI de «polémica de carácter social, no contra el pasado, sino contra el presente», como rasgo de la Constitución italiana (47), es decir, el ser un instrumento insustituible de transformación del ordenamiento jurídico.

Asimismo, la Constitución formal no es una norma más que se distinga de las demás que integran el ordenamiento simplemente por su mayor rango, por una diferencia de grado. La Constitución históricamente nace para sustituir una legitimidad *descendente* por una legitimidad *ascendente*, para laicizar el poder político juridificándolo, y tal sentido democrático sigue vigente.

Pero la desaparición de las condiciones sociales sobre las que se montó el entramado absolutista han ido restando sentido revolucionario a la Constitución formal. La han acercado a lo que es propiamente una norma, por la ampliación de su contenido a importan-

---

(46) COSTANTINO MORTATI, voz *Costituzione* en «Dizionario di Politica», Torino, 1976, pág. 275.

(47) PIERO CALAMANDRI, *La crisi della giustizia*, en *La crisi del diritto*, cit., pág. 167.

tes ámbitos de la vida social y económica no limitándose a regular los órganos constitucionales, y por el desarrollo de la justicia constitucional, que produce una conexión jurídica real entre Constitución y ordenamiento al proyectar fuertemente aquélla sobre éste, lo que, objetivamente es, además, un factor de *estructuración* o sistematización del conjunto del ordenamiento.

Por esas razones, aunque la Constitución formal sea un componente decisivo en la estructura básica del ordenamiento, y aunque la Constitución formal requiera un área de cierta autonomía científica (constitución como subsistema), el jurista no puede limitarse a la exégesis de aquélla, como los glosadores respecto del Derecho romano, pues ello sería colocarse personalmente en una posición de mero apéndice del texto.

### c) *La Constitución material*

Quizá parecidas preocupaciones a las expuestas anteriormente llevaron a CONSTANTINO MORTATI, sin duda uno de los más ilustres constitucionalistas, a aportar un nuevo concepto de Constitución —que, al igual que la obra teatral a la búsqueda de autor, parecería que está condenada a la búsqueda de calificativo—. Con ello MORTATI intenta evitar las insuficiencias del recurso al criterio formal para identificar los principios constitucionales. Se trata de la *Constitución material* («Costituzione in senso materiale»), que también debemos distinguir del concepto de estructura fundamental.

Para MORTATI el Derecho llega hasta la misma organización social en su desnuda facticidad. La sociedad de la que emerge el ordenamiento jurídico, que el autor italiano divide en grupos «dominantes» y «dominados», tiene una intrínseca normatividad, pero con características singulares, como es la ausencia de formas preestablecidas. Dice MORTATI:

«... l'organizzazione sociale, per porsì a base della costituzione, deve presentarsi in qualche modo già politicamente ordinata, secondo la distribuzione delle forze in essa operanti e la posizioni di sopra e di sotto ordinazione che queste determinano» (98). MORTATI viene a identificar la Constitución material con el «conjunto

de las fuerzas políticas y de los fines de que son portadoras y que inspiran el complejo normativo», siendo la esencia de la Constitución material los fines políticos de la fuerza dominante, o sea, en última instancia, esta fuerza propiamente dicha (48).

Según MORTATI, la doctrina de la Constitución material indica que el principio normativo originario y justificante de un ordenamiento consiste en la fuerza normativa de la voluntad política que asegura su validez; luego la Constitución material es la fuente real de validez del sistema. Esta aseveración es fundamentalmente cierta y tiene el mérito de apuntar la conexión directa entre el poder constituyente y los principios básicos del ordenamiento; pero, a mi juicio, no soluciona los problemas que pretende resolver. Porque el concepto de Constitución material no es un concepto propiamente jurídico. Tal concepto disuelve, y por tanto niega a nivel de principios básicos, la objetivación real que implica un ordenamiento y sus técnicas e instituciones características, al identificarlo, sin mediaciones, con las fuerzas sociales que lo sustentan, con la «sociedad civil» (FRANCO MADUGNO) (49). Niega la sustancialidad del propio objeto del que se supone es expresión la Constitución material, el ordenamiento jurídico.

Los intentos de la doctrina italiana por clarificar este concepto no han resultado excesivamente útiles. O bien llegan a posiciones parecidas a las de MORTATI (ZANGARA, MODUGNO) o identifican Constitución material con «régimen político» (ENZO CHELI), o bien, como MARIO GALIZIA, claudican ante las dificultades y terminan diciendo que el Derecho constitucional debe ocuparse sólo de la Constitución formal, dejando a la Teoría general del Derecho estudiar las excelencias de la Constitución material (50). Es un índice de las insuficiencias de tal concepto.

---

(48) MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, en «Racolta di Scritti». Milano, 1972. Tomo I, pág. 219.

(49) FRANCO MODUGNO, *Il concetto di costituzione materiale*, en «Scritti», cit., págs. 197-240. MODUGNO, en un trabajo algo confuso, no acaba de dejar claro lo que entiende por Constitución. En ocasiones lo identifica con el «poder efectivo de un grupo social» (pág. 215), en otras con «norma del poder soberano» (pág. 218).

(50) MARIO GALIZIA, *Scienza giuridica e Diritto Costituzionale*. Milano, 1954, pág. 138. *Vid.* en pág. 117 una amplia bibliografía sobre el tema.

La Constitución material es algo distinto del concepto de estructura fundamental del ordenamiento. El centro de referencia de esta última es la construcción jurídica, cuya realidad no niega, aunque tampoco niegue su *determinación social*. Como no puede negarse que esté determinado socialmente el urbanismo de una época, o la técnica médica, o la pedagogía, y no por ello dejan de existir principios estructurales o básicos de la arquitectura, la medicina o la enseñanza, como entidades reales.

Lo que quiero con ello decir es que admitir, como luego veremos, que el ordenamiento tiene un *sujeto*, no debe llevar aparejada negar la realidad de la estructura de la producción jurídica como algo que puede ser observado con perfiles definidos. Precisamente lo que tiene que descubrir el investigador, es cómo ese sujeto del ordenamiento, ese conjunto de fuerzas sociales, expresa en forma jurídica su modelo de organización política; a través de qué estructuras jurídicas básicas, y por qué a través de ellas y no de otras, se ha construido un determinado ordenamiento, en un determinado Estado y en un determinado sistema social.

Por eso, la noción de estructura quizá pueda ser adecuada para resolver el callejón sin salida del normativismo kelseniano que, obsesionado por establecer un abismo entre sociedad y Estado, es incapaz de dar a conocer el acto constituyente y creador de un ordenamiento, lo que ha hecho, como señala CERRONI, que la norma fundamental siga siendo el «fundamento inexplicado» del sistema normativo vigente. Con la idea de estructura trato de pasar de una fundamentación *coactiva* del orden jurídico montada sobre la jerarquía normativa, a una fundamentación *lógica* montada sobre las bases profundas, latentes, del ordenamiento.

La *existencia* del Derecho se manifiesta en la certeza y en la seguridad jurídica. La *esencia* del Derecho se expresa en su estructura. La esencia, como señaló ZUBIRI, tiene una función estructurante y forma parte de aquello de lo que se predica (51). La estructura fundamental, en cuanto núcleo esencial de un ordenamiento concreto, «está» en el ordenamiento; tiene, por tanto, una naturaleza *jurídica y positiva*, no meramente sociológica ni desobjetivada.

---

(51) XAVIER ZUBIRI, *La esencia*, págs. 90-93.

da. La estructura es, en fin, una verdadera *mediación* entre el sujeto productor y sostenedor del ordenamiento (lo que MORTATI viene a llamar Constitución material) y las normas sensibles en que éste se expresa tangiblemente. Cabe acoger, en este sentido, las agudas palabras con que GURVITCH define a las estructuras. Para GURVITCH las estructuras, por un lado, superan la realidad dada por ser dinámicas («las estructuras sociales no son estáticas; están en continuo movimiento»), y, por otro lado, se mantienen siempre particularmente ligadas a tal realidad. Por ello, las estructuras son factores de «*intermediación* entre los actos colectivos y los hechos colectivos, entre la totalidad de los fenómenos sociales en permanente movimiento y su expresión en distintos tipos de control social y de organización». La estructura de un ordenamiento sería, así, la instancia intermediaria entre el sujeto o fuente de producción de ese ordenamiento —el poder político constituyente— y su objetivación formalizada jurídicamente. Desarrollaremos esta idea más adelante.

#### d) *Los principios constitucionales*

Por último, procede marcar las diferencias existentes entre la noción de estructura fundamental del ordenamiento y la de principios constitucionales. Así son llamados usualmente por la doctrina, aunque en ocasiones exista cierta equivocidad terminológica con otros conceptos no exactamente iguales: «valores superiores del ordenamiento», «directrices constitucionales», etc.

COSTANTINO MORTATI ha definido a los principios constitucionales como aquellas «ideas-fuerza» capaces de concentrar en sí mismas, coherentemente, toda la dinámica del Estado (52).

Siguiendo a MORTATI, CAZORLA PRIETO define a los principios constitucionales así: «Son las directrices generales que, incluidas en la Constitución y con valor jurídico directo o indirecto, fijan los criterios básicos que integran la esencia constitucional y han

---

(52) C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1975, pág. 323.

de servir de inspiración y límite infranqueable para la legislación ordinaria en el terreno de que se trate» (53).

Desde mi punto de vista, diferente a los anteriores, los principios constitucionales son aquellas normas jurídicas cuya derogación e ineficacia implicaría la sustitución del sistema político por otro de diferente naturaleza, es decir, una ruptura con el régimen vigente para crear otro.

Una hipotética acción en ese sentido sería el síntoma de que el Poder constituyente que sostiene el ordenamiento ha sufrido una variación sustancial en su composición y estructura, en las relaciones de fuerza internas.

Por ello, no es sólo que tales principios sean un límite a la legislación ordinaria —lo que también sucede con cualquier precepto constitucional—, sino que son el límite *lógico* incluso a una reforma constitucional.

Por otra parte, los principios constitucionales no son sólo directrices al legislador, sino que, además, y por lo antes señalado, poseen una eficacia normativa, directa e indirecta; esta última a través de la interpretación constitucional y legal.

Este es el sentido que ha presidido la doctrina del Tribunal constitucional respecto de la naturaleza de los principios constitucionales:

«Por lo demás, debe señalarse que la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata.» (Sent. de 8 de junio de 1981, fto. jco. 5, en *BJC* núm. 3, p. 209.)

«Entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, como afirma el artículo 1.º4 del título preli-

---

(53) L. CAZORLA PRIETO, *Los principios constitucionales financieros en el nuevo orden jurídico*, en los volúmenes sobre las *Fuentes del Derecho*, Madrid, 1981, *Vid.* en especial págs. 500 a 505.

minar del Código Civil— que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo.» (Sentencia 2/1981, fto. jurídico, *BJC* núm. 1, p. 7.)

Tales principios constitucionales, aun cuando insertos básicamente en la Constitución (DÍEZ-PICAZO ha señalado el carácter «principal» de ésta), no tienen formalmente un rango superior al resto de los preceptos del texto fundamental. Por eso, como dice BASSOLS COMA, adquiere la doctrina científica un protagonismo singular en su descubrimiento, fijación y explicación, a través de «lege artis et doctrinae», procurando su sucesiva adaptación a la dinámica social y económica potenciada por el propio esquema constitucional (54).

Dentro del concepto de principios constitucionales cabe considerar:

El artículo 1.º-1 de la Constitución:

«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (55).

---

(54) M. BASSOLS COMA, *La Planificación económica en la Constitución española de 1978*, en el volumen «El modelo económico de la Constitución española de 1978», I, dirigido por F. GARRIDO FALLA, Madrid, 1983, n. 90.

(55) Para DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, los cuatro valores son postulados «previos» a la Constitución y poseen una naturaleza «supraconstitucional» que les hace aparecer como los cimientos del edificio constitucional. Se trata de una formulación un tanto iusnaturalista. J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, I, Barcelona, 1980, pág. 51.

La posición de estos autores recuerda las reflexiones de dos ilustres constitucionalistas franceses, HAURIOU y DUGUIT, en relación con las declaraciones de derechos.

Para DUGUIT, «el sistema de las declaraciones de derechos tiende a determinar los límites que se imponen a la acción del Estado y por ello, se formulan principios superiores que deben ser respetados tanto por el legislador constituyente como por el legislador ordinario. Estos principios superiores

Forma parte de los principios constitucionales, asimismo, lo que el profesor LAPORTA ha llamado «norma básica» por ser, según él, superior a todas las de la Constitución, que es la que enuncia su artículo 1.º-2:

«La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (56).

También hay que considerar incluido entre los principios cons-

---

son creados por la declaración de derechos; éstas los constata y proclama solemnemente... Por tanto, la ley por excelencia, la que es más fuerte que todas las otras leyes constitucionales o leyes ordinarias, que no son más que una emanación de aquélla, que no valen más que en la medida en que se conforman a los principios que aquélla dicta, es la ley que contiene la enumeración de esos desechos individuales, es la declaración de derechos. Esto explica que los autores de la mayor parte de las constituciones hayan creído necesario inscribir en la misma constitución «garantías de los derechos», que no se solapan con la declaración propiamente dicha...». *Traité de droit constitutionnel*, 3.ª ed., París, II, 1928, págs. 183-184.

HAURIUO partía de lo que llama «constitución social»: «desde muchos puntos de vista, la constitución social de un país es más importante que su constitución política»; y hace de la declaración de derechos «el texto constitucional de la constitución social». Pero HAURIUO incluso va más lejos y, como señala RIALS, coincidirá con DUGUIT en el reconocimiento de una verdadera «supra-constitucionalidad»: «la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez, hay ocasiones en que el control podría ejercerse sobre ella. Por ejemplo, una enmienda a la constitución podría estar en contradicción con esta "legitimidad constitucional"... que está por encima de la superlegalidad misma porque se compone de principios y los principios están siempre por encima de los textos».

Y añade: «por encima de la ley constitucional hay... un conjunto de principios superiores que son de *derecho natural* y que forman la legitimidad constitucional a la cual la misma constitución escrita debe conformarse». *Précis de droit constitutionnel*, París, Sirey, 1929, págs. 625 y sig., 269, 276, cit. ne STÉPHANE RIALS, *Les incertitudes de la notion de Constitution*, cit., págs. 590-591.

Ni que decir tiene que nuestro concepto sobre los principios constitucionales no coincide con el innaturalista de HAURIUO. Los principios constitucionales no son extraconstitucionales no supraconstitucionales, sino que residen en la constitución formal y participan de su eficacia.

Lo que es supraconstitucional (parcialmente) es el poder constituyente originario. Esto es lo que sostiene el ordenamiento y no unos supuestos principios «previos», no fundamentados, y sin sujeto.

(56) FRANCISCO J. LAPORTA, *Norma básica, Constitución y decisión por mayoría*, en «Revista de las Cortes Generales», núm. 1, págs. 35 y sigs.

titucionales al importante artículo 9.º de la Constitución que en su apartado 1 dice:

«1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.»

La Disposición derogatoria también, estaría entre los principios constitucionales.

Pues bien, todas las normas agrupadas bajo la denominación de principios constitucionales deben ser diferenciadas de lo que he llamado estructura fundamental del ordenamiento jurídico.

Los principios constitucionales realizarían una función de ensamblaje, de conexión y coherencia en el interior de la estructura del ordenamiento, pero no se confunde con ésta.

Pongamos un ejemplo. No cabe duda de que forman parte de la estructura fundamental del ordenamiento los derechos por ello llamados «fundamentales» (artículos 14 a 30 de la Constitución). Son la proyección concreta, normativa, eficaz y vigente —porque eso es la estructura fundamental del ordenamiento— del valor «libertad» del artículo 1.º-1 de la Constitución.

Así, el derecho a la libertad religiosa y todo su desarrollo normativo forma parte indubitada de la estructura básica del ordenamiento español, pero no es estrictamente un «valor superior» de éste, ni un principio constitucional, sino la manifestación en lo relativo a las creencias religiosas del valor «libertad» del artículo 1.º-1.

Una última precisión por nuestra parte sobre la diferencia conceptual entre los principios constitucionales y la estructura básica del ordenamiento nos conduce a la problemática teórica de la reforma constitucional.

### 3. *Excurso: principios constitucionales y reforma constitucional*

En los momentos constituyentes, la fuerza del impulso revolucionario y fundacional de un régimen incita a dar un carácter inmutable a las creaciones constitucionales; parece lógico que se condene todo procedimiento revisor del texto fundamental.

Sin embargo, como dijo ROUSSEAU, «il est contre la nature du corps social de s'imposer des lois qu'il ne puisse revoquer». En efecto, las estructuras socio-económicas cambian, y es evidente que las estructuras jurídico-políticas deben acompañarlas cuando no precederlas.

La más diáfana declaración sobre la soberanía constituyente de cada pueblo en cada momento que se ha producido en un texto de naturaleza constitucional, se dio en plena revolución francesa en la declaración de 1793 en su artículo 28: «Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir á ses lois les générations futures».

Recientemente, RENÉ DE LACHARRIÈRE se ha preguntado con énfasis: «¿cómo es posible que la voluntad nacional pueda estar vinculada por una de sus antiguas manifestaciones, so pretexto de que ésta haya sido inscrita en un documento especial denominado Constitución?» (57).

Este enfrentamiento entre razones opuestas ha conducido, observa GARCÍA PELAYO, a la síntesis de la «superlegalidad constitucional»: ya que no es posible sustraer la constitución al cambio histórico, este penetrará tan sólo por los cauces previstos por ella, es decir, por un método especial de reforma llevado a cabo por unos órganos también especiales. Estos órganos son detentadores del «poder constituido», cuya existencia consagra el paso desde la tesis de la inmutabilidad constitucional a la de la permanencia, propugnada por MADISON (58).

Ya SIEYÉS, en las primeras horas revolucionarias, pudo distinguir entre el Poder Constituyente originario y el Poder Constituyente constituido, sin embargo, no acertó a señalar la enorme diferencia de facultades que separa a uno de otro. Esta diferencia radica, entre otras cosas, precisamente en lo que denominamos principios constitucionales. Modificar los principios básicos del orden constitucional supone romper con el régimen político correspondiente y pasar a

---

(57) R. DE LACHARRIÈRE, *Opinion dissidente*, «Pouvoirs», 1980, núm. 13, pág. 135.

(58) M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*, cit., págs. 55 y sigs.

otro distinto. Y si el órgano u órganos facultados para la revisión constitucional existen y tienen su raíz en el mantenimiento del sistema político que les rige, es claro que no podrán nunca atacar a sus propios fundamentos, a sus más hondas raíces jurídicas. El poder de revisión del órgano al que se atribuye está tácitamente limitado en el sentido de que es un imposible jurídico que pueda abrogar un régimen y crear otro de diferente naturaleza. Esto es lo que haría si tratase de suprimir los principios constitucionales definidores de la esencia del régimen. Destruiría el fundamento de su propia competencia, y se autoatribuiría un poder que no posee en cuanto poder constituyente constituido. En realidad haría las veces de un Poder Constituyente originario. A este respecto observó ESMEIN que «lorqu'un changement se produit dans la forme essentielle de l'Etat, de quelque façon qu'il opère, c'este une révolution» (59).

La reforma constitucional es, en suma, limitada —desde un punto de vista lógico— pues no podrá cambiar los principios constitucionales del sistema sin cambiar al tiempo el fundamento último de éste.

Ideas conectadas a las anteriores han estado en la mente de algunos constitucionalistas, aunque luego no hayan profundizado excesivamente en ellas.

CARL SCHMITT, es quizá uno de los autores que más se aproximó al tema (en su caso, con clara intención totalitaria). Parte de un decisionismo que desnormativiza a la ley fundamental, pero nos interesa, sobre todo, su punto de llegada: la Constitución no se reduce a un conjunto de normas particulares en desorden, pues se caería en una subversión lógica; las leyes constitucionales no podrían distinguirse de otras leyes sino en virtud de la mayor dificultad de su reforma, con lo cual el artículo relativo a las reformas constitucionales se convertiría en el único artículo esencial de la Constitución. Se privaría así a la Constitución de su substancia política. Si se quiere evitar consecuencia tan monstruosa hay que suponer un «concepto constitucional positivo» que diferencie a la Constitución de la ley constitucional particular, y que la haga prevalecer sobre la disposición concreta de contenido legal constitucional. En consecuen-

---

(59) Vid. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, II, París, 1922, págs. 489 y sigs.

cia, la Constitución debe ser entendida, dice SCHMITT, como «decisión fundamental sobre la naturaleza y forma de la unidad política» (60).

Tales decisiones fundamentales contienen una dignidad supra-legal, apunta SCHMITT, que supera toda regulación jurídica constitucional orgánica puesta al servicio de su salvaguardia, y cualquier regulación jurídica material singular.

En el vecino país, HAURIUO, el célebre decano de Toulouse, observó cómo cada constitución tiene una propia legitimidad, que está por encima del texto legal; y citaba como ejemplo de ello, el artículo 8 de la Ley Constitucional francesa de 25 de febrero de 1875 que declaraba: «No podrá ser objeto de revisión la forma republicana del gobierno».

Los «communnards» y los republicanos opusieron a los realistas de la Asamblea Nacional de 1871 una construcción jurídica dirigida a impedir la restauración del principio monárquico. Proposición justa, observa STÉPHANE RIALS, dado que la monarquía no hubiera podido, en buena lógica, ser restaurada más que sobre el fundamento de su propio principio y no como consecuencia de un «appel» de los electos. La Ley Constitucional de 14 de agosto de 1884 formalizará más tarde la supremacía lógica del principio republicano sobre las leyes constitucionales mismas (61).

Asimismo, en los Estados Unidos de América, decía HAURIUO, el control de constitucionalidad de las leyes ejercido por el poder judicial ha condensado la concepción de la legitimidad absoluta o de la absoluta continuidad de los principios individualistas del viejo common law anglosajón. Ello hace posible la inconstitucionalidad de una enmienda a la Constitución americana (62).

CARL SCHMITT es tajante en sus afirmaciones: «yo comparto la opinión de HAURIUO de que toda Constitución reconoce tales «prin-

(60) Vid. el desarrollo de estas ideas en CARL SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, ed. alemana, Munich y Leipzig, Ducker y Humblot, 1932; ed. española, Madrid, Aguilar, 1971.

(61) S. RIALS, *Les incertitudes sur la notion de constitution sous la V<sup>e</sup> République*, en «Revue du Droit Public», 1984, pág. 606.

(62) MAURICE HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, pág. 297.

cipios» fundamentales, de que estos forman parte del «sistema constitucional» fundamentalmente inmutable, como lo ha llamado CARL BILFINGER, y de que el sentido de las disposiciones constitucionales sobre la revisión de la Constitución no es el de establecer un procedimiento para eliminar el sistema de organización cuya creación corresponde a la Constitución. Si una Constitución prevé la posibilidad de su revisión, ello no quiere decir que establezca un método legal para suprimir su propia legalidad, y menos aún que proporcione un modo legítimo para destruir su legitimidad» (63).

La teoría según la cual la facultad para llevar a efecto ciertas reformas en la Constitución no implica la autorización para transformar fundamentalmente la estructura de la misma fue reconocida expresamente en el artículo 79 de la Ley Fundamental del II Reich y en numerosas constituciones de los Estados alemanes. GERHARD AUSCHITZ, comentarista de la Constitución del Reich, opina igualmente que las reformas de la Constitución no pueden destruir la sustancia política de la misma. Otros autores alemanes, cuyas ideas llamó «nuevas» o «modernas» AUSCHITZ, también señalaron que debería haber algún límite para la reforma constitucional con arreglo al artículo 76 de la Constitución del Reich; así, H. TRIEPEL, CARL BILFINGER, E. JACOBI, O. KOELLREUTTER, H. GERBER, O. BÜHLER, R. THOMA, W. JELLINEK, R. LOEWENSTEIN, etc.... CARL SCHMITT los clasifica entre aquellos que reconocen como sacrosantos los contenidos sustanciales, y aquellos, como R. THOMA, y W. JELLINEK, que sólo consideran inviolables ciertos presupuestos conceptuales internos de necesidad vital para el sistema de la legalidad que en lo demás es neutral en relación con los valores (64).

Otro de los autores que se preocupó de la cuestión fue WILLIAN L. MARBURY, que reitera igualmente el carácter limitado de la facultad de reformar y completar la Constitución.

Partiendo de estas ideas, se explican las disposiciones de múltiples textos constitucionales (como el caso anteriormente citado de la Ley francesa de 1875; o el artículo 79,3 de la ley Fundamental de

(63) C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, cit., pág. 92.

(64) G. ANSCHÜTZ, *Comentarios a la Constitución del Reich*, 14.<sup>a</sup> ed., 1932, págs. 404 y sigs., cit. en C. SCHMITT, *Legalidad*, cit., págs. 74 y sigs. Vid. también R. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, pág. 184.

Bonn, que hace intocables los poderes de los Lander y los derechos individuales; o los artículos 189 de la Constitución italiana y 89 de la francesa de 1958, sobre la prohibición de modificar la forma republicana) que prohíben modificar la forma del régimen político.

Con motivo de la ley de nacionalizaciones decretada por el gobierno Mitterrand y de la subsiguiente sentencia del Consejo Constitucional de 16 de enero de 1982, se ha recrudecido la polémica en Francia sobre una supuesta jerarquización de normas formalmente constitucionales (65).

A raíz de esta sentencia se habló en la doctrina de una cierta «ordenación del bloque de la constitucionalidad» (FAVOREU) en cuanto que la Declaración de 1789 devenía «elemento esencial» de ese bloque de constitucionalidad, en detrimento de los llamados «principios particularmente necesarios para nuestro tiempo», en especial la declaración previa a la Constitución de 1946.

Para FAVOREU «el juez constitucional parece establecer una jerarquía entre los principios derivados de la Declaración de Derechos y los derivados del preámbulo de 1946» (66).

La idea de una supra constitucionalidad, expresada en preceptos como los anteriormente transcritos, ha sido fuertemente criticada por el sector positivista de la doctrina, viendo en tales preceptos disposiciones puramente programáticas desprovistas de valor jurídico, pues no obligan a futuras acciones constituyentes. Se ha llegado a sostener, a este respecto, que la modificación de estas «zonas prohibidas» se puede llevar a cabo a través de un procedimiento revisor compuesto por dos fases o etapas: la primera, en la que se elimina el precepto que impide la modificación de determinadas materias reguladas constitucionalmente, y la segunda en la que, ya franqueada la barrera legal, puede procederse a efectuar la revisión sustancial perseguida.

---

(65) Vid. texto del proyecto de ley y sentencia, así como un comentario a la misma en *BJC* 10 (febrero 1982), págs. 148 y sigs.

(66) FAVOREU, *Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations*, en «*Revue du Droit Public*», 1982, pág. 417. Del mismo autor, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982*, en «*RDP*», 1983, págs. 356-361.

Decía KELSEN: «no se puede rehusar la validez a un orden jurídico positivo so pretexto del contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico».

Sin embargo, una Constitución no es sólo una descripción de mecanismos gubernamentales formalistas, ya que siempre hay una escala de valores esenciales incorporados a su texto. Alterar estos principios y sustituirlos por otros no es una función estatal, por eso no puede atribuirse a un órgano del Estado, aunque sea el órgano de revisión. Esa función no puede pertenecer sino a ese poder inicial que es poder constituyente originario.

«Fraude constitucional» es la denominación empleada para calificar la violación del principio de limitación del poder constituyente constituido, que tiene ya en la historia claros ejemplos: ascenso al poder del fascismo en Alemania e Italia, el régimen de VICHY, en los cuales un gobierno llegado al poder por procedimientos legales presionan al órgano de revisión constitucional hasta transformar la constitución y crear otro régimen político diametralmente opuesta, por el procedimiento ordinario de reforma constitucional.

En la República Federal de Alemania se vuelve a hablar del concepto schmittiano de *Verfassungsgrundordnungsentscheidung* (decisiones constitucionales fundamentales) que «determinan la totalidad de la unidad política respecto a su especial existencia» STERN, MAUNZ - DÜRIG - HERZOG). Estas decisiones fundamentales tienen, a los efectos de la reforma constitucional, una especial firmeza (*Standfestigkeit*), son normas «más fuertes» (*starke Normen*), de modo que su alteración supone en realidad el ejercicio de un nuevo poder constituyente, por tanto, originario y ya desvinculado de la Constitución precedente, determinando así el surgimiento de una Constitución nueva y distinta (67).

Es en este sentido que hay que interpretar la doctrina de BACHOF, acogida por el Tribunal Constitucional alemán, sobre «normas constitucionales inconstitucionales» (*Verfassungswidrige Ver-*

---

(67) K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundes Republik Deutschland. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, München, 1977, págs. 93 y sigs. MAUNZ-DUERIG-HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1970, comentario al artículo 79, parágrafo 29.

fassungsnormen). Doctrina muy discutible, en mi opinión, por razones que no procede desarrollar aquí.

Lo que viene a manifestar el Bundesverfassungsgericht en su conocida sentencia de 1953 es que hay unos principios constitucionales que no pueden ser violados ni siquiera por normas de rango constitucional, porque definen la esencia del régimen político. Es decir, que el poder constituyente constituido está vinculado a ciertos «valores jurídicos supraordenados».

Curiosamente, una discusión entroncada con esta problemática se dio en los últimos meses de vida del régimen franquista. Salvando las distancias, claro está, dado que la dictadura no era, por definición, un régimen constitucional, y las Leyes Fundamentales no eran una Constitución. Por lo cual, recordaba el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, no puede hablarse de principios constitucionales respecto del régimen franquista:

«No es admisible hablar de principios constitucionales referidos al régimen anterior, que no era constitucional. Puede hablarse, respecto a él, de «principios fundamentales», en cuanto recogidos en las leyes de este nombre y, por otra parte, tampoco se trataba de principios de aplicación inmediata» (sentencia de 7 de mayo de 1981, fto. jco. 6).

Ante el acontecimiento —se suponía que cercano— de la desaparición física de la personalidad sobre la que había descansado la estructura del sistema político nacido de la guerra civil, y consciente de que no había una solución de recambio que pudiese sostener una monocracia ya tambaleante, el espectro de un nuevo período constituyente iba tomando forma en el horizonte.

Los posicionamientos básicos que se adoptaron ante la reforma del régimen, fueron, como es sabido, los siguientes: en primer término, aquella tendencia cuyos representantes, deseando que el régimen nacido del 18 de julio permaneciese absolutamente fiel a sus orígenes, no admitían una evolución liberalizadora sino sólo pequeñísimos retoques que no afectasen a sus esencias últimas. En el otro extremo, fuera de la legalidad establecida, se presentaba una posición de resuelta ruptura, sostenida por las fuerzas democráticas hostiles a la dictadura. Entre las dos anteriores está la po-

sición denominada aperturista —en vigor, tácita o explícitamente, en medios oficiales, y en los programas de algunas asociaciones políticas y algunas sociedades mercantiles— que concebía el futuro lleno de optimismo, pues sus portavoces parecían haber encontrado la fórmula para hacer que el Régimen español fuese absolutamente homologable a las democracias europeas clásicas. Este remedio mágico era, ni más ni menos, que la reforma constitucional. Los situados en esta última posición —que pensaban que la continuación del autoritarismo conducía a un callejón sin salida— deseaban, sin embargo, que el Régimen siguiese existiendo y se negaban a toda ruptura o sustitución en base a: primero, desde un punto de vista político, que era la opción más segura de cara al trauma nacional que supondría la sucesión en la jefatura del Estado; y, segundo, desde una perspectiva jurídica, que las propias Leyes Fundamentales prevenían esa posibilidad de reforma.

Así era el artículo 10 de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947 consagraba burdamente la superlegalidad formal de las Leyes Fundamentales. De modo que para que las Leyes Fundamentales fuesen reformadas, desaparecida la facultad excepcional que el General Franco ostentaba de emitir una Ley de Prerrogativas en este sentido, era necesaria la aprobación de las Cortes y del cuerpo electoral. Había una excepción (discutida): la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958. Según su artículo 1.º, tales Principios eran, por su naturaleza, «permanentes e inalterables».

Esta posición legalista consideraba factible que el régimen nacido de la guerra civil pudiese adoptar una naturaleza democrática sin romper con su íntima esencia; sin necesidad de ruptura; sin solución de continuidad; sin abolir las Leyes Fundamentales. Porque, se pensaba, semejante reforma no era incompatible con los principios informadores de las Leyes Fundamentales del Reino.

Hay que señalar que esta vía reformista fue defendida —o, al menos, fue considerada admisible jurídicamente— por estudiosos del Derecho Constitucional español, con la plausible intención, en esa difícil coyuntura histórica, de conseguir un potente desarrollo

político, esto es, un proceso hacia la instalación real y efectiva de un sistema democrático al estilo occidental en nuestro país (68).

En esa línea estuvo, por ejemplo, el Informe constitucional que realizó un grupo de profesores del Departamento de Derecho Político de la Universidad Complutense cuyo propósito fue «... demostrar que las Leyes Fundamentales actuales permiten, utilizando un criterio amplio en su aplicación, una extensa gama de opciones políticas de corte evidentemente mucho más democrático y liberal que la que ofrece nuestra actual realidad política». El informe terminaba con las siguientes palabras: «... demuestran que los principios que considerábamos indispensables para llevar a cabo una «liberalización» y «democratización» del Régimen, en vistas a nuestra posible incorporación al proceso de unidad europea, son deducibles del actual sistema constitucional español. Unos por la simple aplicación de las normas constitucionales, otros por una interpretación más abierta de las mismas y otros, por último, por la modificación de la legislación complementaria. Existe margen constitucional para conseguir la meta propuesta» (69).

Era la misma solución a la que el profesor OLLERO —pionero en este tema— llegaba en su trabajo «Desarrollo político y Constitución española». Según OLLERO, no sería posible lograr esa evolución hacia la democracia sin una reforma constitucional con todas sus consecuencias. Esa reforma parcial era para el citado autor la solución de recambio frente a la ruptura sustancial del orden «constitucional» entonces vigente, ya que, decía, el planteamiento de la necesidad de la reforma constitucional para un desarrollo político hacia la democracia llevaba consigo el «acatamiento de la ordenación constitucional actual».

Surge de inmediato la pregunta: ¿es que cabía que la legitimidad del 18 de julio amparase a un Estado democrático? ¿era posible que una mera «reforma» constitucional transformara al sistema político español en un régimen democrático sin que aquél dejase de ser él mismo?

---

(68) J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, cit., págs. 23 y 60 (nota 23).

(69) J. DE ESTEBAN, S. VARELA, L. LÓPEZ GUERRA, J. L. GARCÍA RUIZ y J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Desarrollo político y Constitución española*, Barcelona, 1973.

La respuesta la dio la historia. La solución pseudoreformista basada en la mera reforma de las Leyes Fundamentales, que propugnó como solución el gobierno Arias-Fraga en el primer semestre de 1976 naufragó. Triunfó la fórmula constituyente que abolió la legalidad anterior.

Es cierto que la solución del posterior gobierno Suárez se apoyó como punto de partida en una reforma de las Leyes Fundamentales la ley para la Reforma Política, y es cierto que no puede hablarse de ruptura política, que algunos sectores de la oposición democrática defendieron (gobierno provisional). Pero la realidad es que el punto de llegada, la constitución de 1978, supone una «ruptura jurídica» y una abolición de todas las Leyes Fundamentales. La expresión más clara y concreta de ello es —a parte del contenido inequívocamente democrático de nuestro texto constitucional— su Disposición Derogatoria. Es esta una norma esencial, con categoría de principio constitucional, que deroga explícitamente, una a una, todas las Leyes Fundamentales del anterior régimen, y que concluye rotundamente diciendo: «Así mismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

De otra parte, la dicción del primer precepto de nuestra Constitución: «España *se constituye* en un Estado social y democrático de Derecho...», corrobora el sentido de una ruptura jurídica. Los valores superiores del ordenamiento que luego se enuncian en el artículo 1.º-1 desarrollan esta idea (70).

En fin, ¿qué había sucedido? Que lo que formalmente empezó por una reforma de las Leyes Fundamentales, terminó en una acción del Poder Constituyente originario del pueblo español, que, al instituir una democracia política, rompía nítidamente con el ordenamiento anterior, y ello de la única forma posible: sin acatar su legalidad. Y se puede decir que rompió jurídicamente con él porque abolió lo que de algún modo eran sus principios «constitucionales».

Lo que había sucedido es que el poder constituyente, o conjunto de fuerzas políticas y sociales sostenedoras del franquismo, fue desplazado en cierta medida por otras fuerzas sociales con capacidad para influir en la creación de un orden político y jurídico de dife-

---

(70) GREGORIO PECES-BARBA, *La nueva Constitución española desde la perspectiva de la filosofía del Derecho*, cit., pág. 28.

rente naturaleza. Un nuevo poder constituyente sostiene los principios constitucionales (no *extra* ni *supra* constitucionales) del ordenamiento surgido de la Constitución de 1978.

La Constitución, en los artículos 166 a 169, regula la reforma constitucional, y prevé la posibilidad jurídica incluso de una revisión total de la misma (art. 168.1).

Sin duda, que en tal regulación pesó la huida de unos principios supuestamente «permanentes e inalterables». Pero hay que decir que la propia Constitución compensa esto con el establecimiento de un procedimiento de reforma constitucional muy rígido, en especial el previsto en el artículo 168, para aquella que suponga una revisión total o afecte al Título Preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I (los derechos fundamentales) o al Título II (la Corona).

El procedimiento agravado implica de hecho una apelación al poder constituyente originario, lo que es en buena medida algo inútil. En todo caso, la existencia de unos principios básicos irreformables está tácitamente expresado en esa superrigidez, aunque no pueda decirse que cualquier modificación de las materias a que hace referencia el artículo 168 afecte a la esencia misma del sistema.

Una revisión que suprimiese directa o indirectamente alguno de los principios constitucionales de los artículos 1.º-1, 1.º-2, 9.º-1 o Disposición Derogatoria, que configuran al Estado español como *democrático*, no sería una reforma sino una ruptura.

La modificación de los *principios* constitucionales es, en definitiva, algo distinto de una reforma de la *estructura* fundamental del ordenamiento, la cual no necesariamente pondría en cuestión el Estado democrático.

Ello distingue el concepto de estructura del ordenamiento del concepto de principio constitucional. Mientras que una variación de la estructura del ordenamiento no necesariamente implica una solución de continuidad con el sistema político, una supresión o sustitución de algunos principios constitucionales sería como romper ese sistema. Así, en la Constitución española de 1978, la supresión del principio de soberanía del pueblo (art. 1.º-2), o de los valores superiores del ordenamiento (art. 1.º-1) o de la vinculación

de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.º1), no sería integrable dentro de la legalidad del Estado democrático español.

\* \* \*

A lo largo de las páginas anteriores ha surgido repetidamente un concepto: el de Poder Constituyente. Su estudio es imprescindible.

En efecto, el concepto de estructura del ordenamiento quedaría cojo si para llegar a él el único material utilizado por el jurista fuesen las normas y sólo ellas. Porque eso equivaldría a deformar la realidad del ordenamiento jurídico, a hacer de él un ente cerrado sobre sus propias normas, que se bastan a sí mismas para ser eficaces, que se sustentan a sí mismas, que tienen sólo en su interior su sentido. Equivaldría a olvidar un elemento esencial del ordenamiento: su sujeto. Sin él crece de significación el concepto de estructura fundamental. Esta tiene que recibir en su seno el factor subjetivo, productor y reproductor de la misma: el «factor humano» que diría GRAHAM GREEN es el que proporciona al ordenamiento esa especial «unidad y complejidad» de que habla NIKLAS LUHMANN (71); es el que le otorga esa individualidad o personalidad que le distingue de cualquier otro; es, en fin, aquello que hace del ordenamiento jurídico un sistema estructurado. Véamoslo.

## II. APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

### 1. *La historicidad del derecho*

La crítica que antes hacía al estructuralismo, extensible a lo que ha sido el normativismo como doctrina jurídica, radicaba fundamentalmente en su elipsis del sujeto, y, por tanto, su concepción hermética del ordenamiento, como un fenómeno cuyos elementos (las normas) se autorregulan y justifican a sí mismos, en forma supuestamente independiente de todo lo que sea sociológico, político, filosófico, etc.

---

(71) NIKLAS LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmático jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 37.

Nuestra crítica a tal concepción del derecho no estriba en razones valorativas, o sea, en decir que así «no debiera ser» el derecho, sino en razones puramente objetivas. Es que así «no es» el derecho, por mucho que se empeñe la dogmática pura, la cual, como teoría jurídica, por cierto, tiene muy en cuenta, aunque sea tácitamente, la realidad social, económica y política. KURT SONTHEIMER lo explica gráficamente:

«El 30 de enero de 1933 (en que quedó confiada a ADOLFO HITLER, por el presidente del Reich, la dirección del gobierno), es el postremo Menetekel de la teoría jurídica positivo-formalista del Estado (...), no pudo entonces ningún acontecimiento poner a la vista en forma más efectiva la indefensión y la impotencia de una ciencia positivista del Estado y su derecho que aquel proceso de apresamiento legal del poder y la legalización del vuelco estatal» (72).

A esa teoría jurídica del Estado le faltó el sujeto; sin él, la teoría del derecho es incapaz de conocer la realidad jurídica, el ordenamiento jurídico, no «in vitro», sino tal como existe, actuando en la vida de una sociedad concreta.

Volvamos a unas ideas expuestas por CORDÓN. El único modo legítimo de elevarse a un pensamiento general, a un conocimiento abstracto, dice el eminente biólogo, es operar con nociones ya contrastadas y analizadas por procesos particulares. Una de estas nociones es la de que «todo ser vivo (todo organismo) supone un medio (una organización de la realidad entorno) coherente con él; que tal ser y tal medio tienen, por tanto, la misma edad evolutiva y que la evolución del ser en cuestión exige la evolución complementaria de su medio»; y añade, «según esto, el surgimiento de un ser vivo no es un acontecimiento fortuito, sino la culminación de todo un proceso integrado de la realidad», por lo que sólo se puede definir «tal ser por su medio y viceversa». Ese es, dice CORDÓN, el único camino para descubrir de qué modo lo nuevo estaba y, a la vez, no estaba en lo anterior (73).

---

(72) KURT SONTHEIMER, *Ciencia política y teoría jurídica del Estado*, Buenos Aires, 1971, pág. 8.

(73) F. CORDÓN, *Pensamiento general y pensamiento científico*, Madrid, 1976, págs. 19-20.

Aplicar esta certera visión a nuestro discurso es como decir que el ordenamiento jurídico es explicable y sólo explicable en el contexto social y político en que vive. El ordenamiento es una realidad histórica, y como tal contingente, y es en esa realidad en la que el ordenamiento adquiere sentido (teleología de la norma). Olvidar esto es, como decía WRIGHT MILLS, pretender estudiar el proceso del nacimiento ignorando la maternidad.

De nuevo es SAVIGNY quien proporciona páginas de rara modernidad cuando apunta la necesidad de que el jurista tenga una doble inclinación: histórica y sistemática. Si el derecho vive en el tiempo, comprender el derecho es comprenderlo como historia (BRETONNE). SAVIGNY encontró en GUSTAV HUGO esa idea certera; la ciencia jurídica es, en lo más profundo de su ser, una ciencia histórica (74).

La historicidad del derecho —y por tanto de su conocimiento—, su vinculación esencial con el entorno que produce y sostiene, es expresión de que la realidad jurídica tiene un sujeto histórico, un sujeto complejo, como veremos. De ahí que el elemento gnoseológico de la teoría jurídico-constitucional sea, de un lado, la estructura de base del ordenamiento y, al tiempo, e inescindiblemente, la sociedad que se proyecta en esa estructura básica. ¿Cómo explicar que el «*ius mercatorum*» de la clase mercantil renacentista pase a ser derecho público con la monarquía absoluta (DORAT lo sitúa entre las materias que afectan al «gobierno y a la política general del Estado») y derecho mercantil en el Estado liberal, cuando la sociedad por acciones de responsabilidad limitada sella el pacto histórico entre Estado colonial y grandes grupos inversores, y el de éstos con la pequeña burguesía ahorradora, lo que da al poder económico una dimensión «nacional» y no ya meramente corporativa? ¿Cómo explicar el mayor peso de la propiedad en los Códigos civiles y del contrato en los mercantiles? ¿Cómo explicar el paso en éstos del sistema subjetivo al sistema objetivo («acto de comercio») en la sociedad industrial? ¿Cómo explicar los cambios experimentados por el derecho privado de la sociedad industrial, desde la esfera del contrato a la de la decisión (KIRCHNER)? ¿Cómo explicar

---

(74) Véase M. BRETONNE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», VI, 1976, págs. 194-95.

lo que GALGANO llama la «comercialización» de las relaciones civiles, o la uniformidad meta-nacional del derecho mercantil en el siglo xx, si no se vincula a las transformaciones político-económicas contemporáneas que saltan las fronteras estatales? (75). Las estructuras jurídicas son producciones históricas.

No es sólo que el transcurso del tiempo y los cambios sociales operen modificaciones explícitas en las normas sensibles. Es que una norma intocada es ya *otra* en un medio histórico diferente. De modo que no variando las normas no sólo no puede paralizarse la evolución de la realidad, es que ni siquiera puede paralizarse la evolución de la propia realidad jurídica. DÍEZ-PICAZO se ha referido con agudeza al tremendo efecto que la sociedad de masas ha producido en las normas centenarias del Código civil (una teoría de las obligaciones pensada para una economía agrario-comercial, sobrepasada no ya por una economía industrial, sino por el desarrollo acelerado del sector servicios, o sea, la máxima abstracción en el tráfico económico) (76); en las normas mercantiles (sobrecontratación, mercado de títulos en masa); en las normas penales (delito-masa, masificación del derecho sancionador) (77). Es conocido el fenómeno de la «mutación constitucional» como situación en que, sin variación del texto de la Constitución, se modifica su forma de aplicación por la aparición de nuevas circunstancias sociales o políticas (EE. UU). El derecho es otro, porque tiene una dimensión estático estabilizante, y una dimensión dinámica, histórica, que es la que posee la mayor potencia estructuradora.

Pero historicidad del derecho no equivale a historicismo, o sea, no significa que el derecho, como todo, nació alguna vez en algún momento y dejó sus orígenes al margen una vez consumada la creación jurídica objetivadora. Por el contrario, el derecho es portador permanente de su circunstancia y lo es en su conjunto. Una norma puede ser fugitiva y hasta errante respecto del resto, pero hay una fuerza interna al ordenamiento, una fuerza social centípeta que la devuelve al redil. Esa fuerza social es el

---

(75) Para todo este desarrollo histórico véase FRANCESCO GALGANO, *La categoria storica del diritto commerciale*, en «Materiali», cit., VI, págs. 13-89.

(76) LUIS DÍEZ-PICAZO, *Derecho Civil Patrimonial*, 1970, págs. 327-328.

(77) LUIS DÍEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., pág. 181.

sujeto eficiente de la estructura fundamental del ordenamiento, que, actuando en los límites históricos que condicionan su tiempo, señala un sentido a la producción y reproducción jurídica. Es a lo que llamamos Poder Constituyente.

## 2. *El Poder Constituyente.*

La idea de estructura ha permitido explicar la naturaleza del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aún es posible plantearse por qué un ordenamiento jurídico tiende a configurarse con una estructura interna que le hace coherente. Por eso es obligado traspasar la esfera objetivista y acudir a la problemática de la producción del derecho. Es necesario pasar del qué al quién.

Efectivamente, la razón de que el ordenamiento jurídico obedezca a una lógica correspondiente al esquema que suministra su interna estructura, radica en su origen. Una instancia social de poder es la que crea, acepta y mantiene la vigencia de un orden jurídico en sus aspectos más esenciales. Esta instancia es la que imprime el sentido al ordenamiento, la que le proporciona una estructura.

La denominación de este poder que crea —que *constituye*— un sistema jurídico debe ser la de Poder Constituyente.

### a) Naturaleza jurídica del Poder Constituyente.

En oposición a los rasgos definitorios de la naturaleza jurídica de los poderes constituidos, el Poder Constituyente no puede en ningún caso considerarse un órgano del Estado o de la Nación o de la comunidad (la terminología depende de la concepción constitucional formalmente elegida), por la sencilla razón de que para serlo necesitaría estar así encuadrado por el ordenamiento estatal y, como se sabe, el Poder Constituyente es el origen de éste; su causa eficiente. Por lo mismo, la acción del Poder Constituyente no está sometida a un rígido sistema de competencias, sino que, por poseer la fuerza, es capaz de determinar las conductas humanas

obligatorias jurídicamente, de acuerdo con sus propios criterios políticos.

Pues bien, si observamos la figura de la instancia que se encarga de elaborar la Constitución formal (el texto legal dotado de superlegalidad formal), llegaremos fácilmente a la conclusión de que sus caracteres y naturaleza son perfectamente asimilables a los de un poder constituido, y no a los de un Poder Constituyente. Ya sea una asamblea, un directorio o un dictador los encargados de formar *ab initio* el texto o textos que vayan a recibir el rango constitucional, su labor está sometida precisos y rigurosos condicionamientos; hay unos principios básicos que forman el sustrato ideológico del Poder Constituyente, a los que se sujeta la acción constituyente.

Al igual que en términos abstractos puede decirse que la forma es la expresión plástica de la substancia, la Constitución formal es una manifestación tangible, y por ello parte sustancial, de la estructura del ordenamiento, la cual no es sino el conjunto de elementos que son considerados básicamente necesarios por las fuerzas que componen el Poder Constituyente para organizar jurídicamente una comunidad.

Cuando no se da correspondencia entre estructura jurídica real y Constitución formal, entonces puede decirse que en tal Estado no existe un régimen constitucional. Un régimen constitucional se caracteriza por la eficacia de la Constitución formal, es decir, porque ésta sea el elemento más importante de la estructura del ordenamiento.

El Poder Constituyente *dirige* a la autoridad encargada de ejercer la función creadora —o reformadora— del texto legal formalmente primario, esto es, la Constitución formal. Esta autoridad sigue las líneas directrices que fácticamente le señala el Poder Constituyente real, y, por esta razón, su naturaleza no es la de ser autoridad constituyente, sino constituida.

Los Estados generales que protagonizaron la labor constituyente originaria de la Revolución Francesa vieron con claridad la situación jurídica en que se encontraban. Cuando esta asamblea se erigió en Constituyente no pretendió atribuirse, por su sola voluntad y fuerza política, un poder desligado de cualquier condiciona-

miento, sino que sostuvo desde el primer momento que ella tenía el deber de dar una Constitución a la nación, y ello por el motivo jurídico de que había recibido de la misma un mandato en este sentido. Actuando así, y como admite un poco asombrado el positivista CARRÉ DE MALBERG, la Asamblea Nacional se comportaba como si hubiese habido ya, desde antes de su reunión, una Constitución, asegurándole el poder de elaborar un texto constitucional que se adecuase a directrices desprendidas de mandatos conferidos a sus miembros por colegios electorales (78).

Así, y a pesar de no haber sido provista en virtud de elecciones regulares, la Asamblea, lejos de entender a la nación desorganizada, partía de la idea de que la nación poseía ya una acertada organización y, en este sentido, una Constitución; ella se atribuyó jurídicamente el papel de órgano regular de la nación.

El abate SIÉYES calificó expresamente a los Estados generales de «corps constitué», sosteniendo a continuación que «les Etats généraux sont incompétents á rien décider sur la Constitution. Ce droit n'appartient qu'à la nation seule, indépendante de toutes formes et de toutes conditions» (79).

SIÉYES toma de la teoría de división de poderes de MONTESQUIEU su distinción entre Poder Constituyente y Poder constituido que va en realidad a moderar la acción revolucionaria, a hacerla más aceptable para el segmento burgués del Poder Constituyente que rompe con el antiguo Régimen. La soberanía nacional sustituye a la soberanía popular de inspiración roussoniana y se evita así la identificación entre Poder Constituyente originario y Asamblea, que hubiera dado a ésta una potencia revolucionaria política de resultados imprevisiblemente negativos para la clase social que hegemoniza el proceso de cambio hacia el capitalismo.

Es cierto que, posteriormente, y ante las dificultades que presentaba la necesidad de conciliar las instrucciones divergentes, o contradictorias incluso, de los «cahiers», la Asamblea, tras haber utilizado a éstos para erigirse en Constituyente, se desembarazó de

---

(78) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, París, 1920. Tomo II, págs. 50 y sigs.

(79) *Ibidem*.

ligaduras, llegando rápidamente negar a los electores el derecho a dar instrucciones o poderes a sus elegidos.

Al poco tiempo de la transformación de los Estados generales en Asamblea Nacional, era muy extraña una cita de «cahiers» en los escaños; y la Ley de 22 de diciembre de 1789 vino a confirmar esta evolución, estableciendo que los diputados elegidos por los departamentos son los representantes de la nación entera (preámbulo, art. 8.º), sin que puedan ser coaccionados por ningún mandato imperativo (Sec. I, art. 34). Pero, en todo caso, como recuerda CARRÉ DE MALBERG, se había transformado la «representación del pueblo soberano en una representación soberana del pueblo». Se había pasado, como decíamos antes, de la soberanía del pueblo roussoniana a la inescrutable soberanía de la nación, que exige que alguien hable por ella; un alguien que podría ser un parlamento censatario. Con ello, además, se montaba la clásica separación Poder Constituyente-poderes constituidos, sobre bases formalistas, distinción que ha consagrado la doctrina posteriormente.

Pero, a pesar de los enfáticos principios expresados por la Asamblea Nacional, en el sentido ya indicado de proclamar su absoluta libertad para crear la Constitución sin atenerse a las instrucciones reducidas por los electores, sería imposible pensar en 1789 en una labor constituyente distinta de la realizada. Tras los diputados aparentemente omnipotentes, una fuerza social revolucionaria —el auténtico Poder Constituyente— dirigía y respaldaba todos y cada uno de sus actos parlamentarios. La Asamblea era, pues, un poder constituido, y la constitución de 1791 fue, como no podía ser de otra forma, un reflejo material de lo que ya estaba presente en la ideología política de las fuerzas de la revolución, o sea, en la Constitución estructural del nuevo Régimen. Y esto es generalizable a cualquier proceso constituyente en que pueda pensarse. Siempre, tras el órgano elaborador, hay fuerzas sociales que inspiran y cubren el trabajo formalmente constituyente.

Los países anglosajones, gracias a su pragmatismo antidogmático, no han incurrido en desviaciones formalistas tan acentuadas. En Inglaterra, la separación tajante entre Poder Constituyente y Poder constituido no se plantea doctrinalmente porque su Constitución, como explicó BRYCE, pertenece al grupo de las llamadas

flexibles; el Parlamento posee la soberanía legislativa, sea cual sea la materia objeto de normación.

Lo que en el continente es una «*vexata questio*», en Inglaterra no existe. La célebre frase «el Parlamento puede hacerlo todo» es una consecuencia de la premisa anterior. Aparentemente el Parlamento encarna el máximo poder, al no conocer límites constitucionales. Sin embargo, el Parlamento es sólo la expresión de una comunidad que ha señalado previamente los límites del terreno de juego político y ha prescrito las reglas básicas por las que se rige este juego. Autores como BOUTMY han apuntado la subordinación del Poder Legislativo a la opinión pública. El Parlamento es un Poder constituido, jurídico, y por encima de él hay un Poder Constituyente, sociológicamente dominante.

Es al Poder Constituyente «constituido» y no al Poder Constituyente *tout court*, al que se refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), aun cuando el alto Tribunal no establezca ese matiz:

«Las Cortes Generales, como titulares de "la potestad legislativa del Estado" (art. 66.2 CE), pueden legislar en principio cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del Poder Constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. La distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del Poder Constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador. Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.º de la LOTC),, custodiar la permanente distinción entre la objetivación del Poder Constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél» (fto. jco. 4).

Lo cierto es que el normativismo ha acabado por hacer desaparecer de las preocupaciones doctrinales el estudio de la naturaleza jurídica del Poder Constituyente originario. KELSEN obvió completamente el problema al prever como fundamento de validez de la Constitución la «norma hipotética» (Teoría pura del Derecho).

Hagamos un breve resumen de su posición: la norma que constituye el fundamento de validez de otra norma es, por relación a ésta, una norma superior. Pero es imposible que la búsqueda del fundamento de la validez de una norma se persiga hasta el infinito. Ello tiene fin con una norma a la que se supone última y suprema. En tanto que norma suprema es imposible que sea «puesta», es decir, positivizada, ya que no podría ser «puesta» más que por una autoridad que debería obtener su competencia de una norma aún superior, y aquélla dejaría de aparecer como suprema. La norma superior no puede, así, ser más que «supuesta». Su validez no cabe deducirla de una norma superior; el fundamento de esta validez no puede, pues, ser un objeto científico a considerar. La única solución es apelar a una norma «supuestamente» suprema: la norma fundamental (*grundnorm*). Esta norma fundamental es, para KELSEN, la siguiente: «Se debe obrar de la forma que la Constitución prescribe.»

La teoría sobre la norma fundamental cancela el problema del Poder Constituyente, pues la cuestión escapa al jurista. Y le escapa, por tanto, el punto central de la problemática del Poder Constituyente, que es su composición.

#### b) La composición del Poder Constituyente.

El problema más arduo y trascendental en relación con el Poder Constituyente no es el que se refiere a su naturaleza y función jurídicas, sino, sobre todo, el que se plantea respecto a su composición interna. A esto no responden los estudios clásicos sobre la materia o lo hacen de forma insuficiente.

Efectivamente, la doctrina ha venido atribuyendo el Poder Constituyente al «pueblo» o la «nación» sin más. Esta era, por ejem-

plo, la postura del profesor PÉREZ SERRANO, en su conocida monografía sobre el tema (80).

A partir de estas premisas, es perfectamente comprensible que los constitucionalistas no se hayan ocupado de la estructura interna del Poder Constituyente, al entenderle como concepto opaco al jurista. Ha sido idea inveterada que tal instancia se mueve por completo en el errático mundo de los hechos, y no en la esfera del Derecho. La problemática del Poder Constituyente deviene así «res facti, non iuris».

Según CARRÉ DE MALBERG, «la question du pouvoir constituant se présente... dans les mêmes termes qu'à l'époque de la formation originaire de l'Etat, elle se ramène à une question de fait et cesse d'être une question de droit» (81). KELSEN, por su parte, que simboliza la más rígida separación entre «ser» y «deber ser» que la doctrina jurídica haya establecido nunca, hace categorialmente imposible, como hemos visto, el estudio jurídico del Poder Constituyente. Ni siquiera el institucionalismo italiano, francés o germano logran escapar a esta especie de axioma, como ha explicado MORTATI.

El institucionalismo francés, DUGUIT, intenta ver una sociedad organizada, pero, al hacerlo en términos de contraposición Sociedad-Estado, termina por colocar a la sociedad fuera del Derecho, con lo que desemboca paradójicamente en el mismo callejón sin salida que KELSEN. El institucionalismo de ROMANO da un paso adelante al contemplar a una sociedad juridificada, pero absorbe el elemento formativo del Estado en el momento de la creación de la Constitución formal. El institucionalismo de SMEND es de tal generalidad que se hace inservible.

SCHMITT es quien más profundiza en el tema del poder constituyente («voluntad política cuya fuerza y autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de

---

(80) NICOLÁS PÉREZ-SERRANO (*El Poder Constituyente*, Madrid, 1964) cita (pág. 12) toda una serie de tratadistas germanos que coincidan con él en no admitir más Poder Constituyente que el que se da en un régimen constitucional moderno, democrático, y con texto fundamental escrito y rígido. Así TRIEPEL, THOMA HATSCHKE, HILDESHEIMER, FISCHBACH, SCHMITT.

(81) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., II, pág. 500.

la propia existencia política»), pero no acaba de dejar claro quién compone ese Poder Constituyente, quizá porque su intención fue adjudicar su titularidad al FÜHRER. SCHMITT prefiere seguir al concepto de SPINOZA de «natura naturans»: una última base no creada de todas las formas, pero no susceptible ella misma de ser encerrada en una forma. Es decir, un Poder Constituyente no formalizado ni organizado.

COSTANTINO MORATI pone de relieve certeramente la inexactitud que supone considerar homogénea a la comunidad política, como si el régimen estructurado por la Constitución hubiese sido creado con el concurso y aceptación de todos y cada uno de los componentes de la población sobre la que se impone, y no hubiese la más mínima discrepancia respecto a sus diversas manifestaciones jurídicas (82). De ahí su teoría de que el Poder Constituyente no es todo el pueblo sino sólo una parte de él: la fuerza socialmente dominante, Constitución material (vid. supra).

El Poder Constituyente, según mi punto de vista, es el núcleo de la *sociedad política*, a la que se trasladan, a través de un complejo proceso de mediaciones, las luchas e intereses de la *sociedad civil*, y en donde se concentran las relaciones últimas de poder. Así, sociedad civil y sociedad política no son dos mundos ajenos, sino que hay una mixtura que en buena medida viene a soldar el Poder Constituyente. La sociedad política no es mera proyección de la sociedad civil, ya que hay transformaciones y mediaciones por ser diferente el terreno de confrontación.

Aparecen formas propias de acción en el nivel de lo político, que, a su vez, son terrenos de conflicto: grupos de presión, partidos políticos, el Estado, en cuanto lugar de concentración o núcleo

---

(82) C. MORTATI, voz *Costituzione (Dottrine generali)*, en Enciclopedia del Diritto, T. XI, 1962, págs. 158-161.

COSTANTINO MORTATI ha sido criticado en la doctrina italiana (LAVAGNA, PIERANDREI) en el sentido de que la Constitución formal impide que el sustrato social tome una posición jurídicamente relevante (dualismo). A ello responde MORTATI aduciendo que el jurista no sólo debe tomar en cuenta la validez, sino también la efectividad de la norma. La Constitución formal es más vinculante cuanto más corresponde a la realidad social. La composición y finalidad de las fuerzas sociales conducen a dar a la Constitución formal un valor diverso. Todo ello debe ser objeto de la atención del jurista.

duro del poder político. El Estado es, por eso, un instrumento básico de obtención de posiciones dominantes en el interior del Poder Constituyente.

La lucha política moderna es, en gran parte, una lucha por «ocupar» el Estado; de ahí que su análisis no pueda ser sólo técnico o separado de las fuerzas que lo mantienen y dirigen. Esto explica la especial separación entre sociedad civil y Estado, y los mecanismos que dificultan el acceso a sus instituciones, así como el acorazamiento jurídico e ideológico de los aparatos de *última ratio* (Ejército, policía).

La inserción en el Estado, a través de organizaciones políticas, a través de vías jurídicas, por medio de la cooptación en el reclutamiento, es un instrumento decisivo en el proceso de *reproducción* del Poder Constituyente, de su permanencia. Al igual que la inserción en instituciones sociales o culturales ambivalentes (escuela, Iglesia).

La dificultad de acceso a su interior a fuerzas no integradas en el Poder Constituyente (prohibición de partidos políticos); la *opacidad* de éste, que tiene por objeto ocultar su realidad, que se vive diseminada; su *amnesia*, o no conciencia de su existencia, etc., todos ellos son mecanismos de reproducción del Poder Constituyente, o, lo que es lo mismo, fórmulas de rigidificación.

*El «18 de Brumario»*, de CARLOS MARX, es quizá el modelo histórico de estudio riguroso y sutil sobre la composición política del Poder Constituyente en el proceso de entrada en el régimen liberal del Estado francés. Es el primer ejemplo de análisis no monolítico y lineal de la estructura de una clase económicamente dirigente, la alta burguesía, que, aun conservando la hegemonía, cambia en su interior (relaciones de poder entre aristocracia financiera y burguesía industrial en la monarquía de Luis Felipe).

Ahí se puede ver cómo los cambios constitucionales no efectúan necesariamente cambios profundos en las estructuras sociales, pero sí alteran las posiciones políticas de algunas clases sociales no hegemónicas (campesinado y pequeña burguesía, en la revolución de 1848). Esta nueva situación ofrece un mejor terreno de lucha al incipiente proletariado.

Se aprecia cómo la ocupación de posiciones clave en el Estado (Ejército, Tribunales, Administración) es decisiva para mantener el control del Poder Constituyente para la masa «monárquica» de la burguesía, que reconquista poder después de la llegada de Luis Napoleón. Y cómo la salida de la pequeña burguesía del Poder Constituyente es el preludio para la abolición del sufragio universal en 1850.

El «18 de Brumario» es un escaparate para observar cómo el ocupar posiciones de oposición, de control, frente a las posiciones hegemónicas permite influir en el desarrollo de los acontecimientos porque, en última instancia, es una forma de integrarse en el Poder Constituyente. Es útil la obra, en fin, para saber distinguir entre las meras posiciones de *apoyo* político a las fuerzas hegemónicas y estas últimas. Así, la dirección jurídica del Estado no necesariamente se confunde con el Poder Constituyente, que tiene también raíces sociológicas y económicas.

Esto último se aprecia durante el fascismo, en que el papel jugado por las clases medias, supuestamente dirigente, es una pantalla que encubre la operación política de la clase dominante de un Estado liberal en crisis aterrorizada ante el ascenso de las masas trabajadoras. Ascenso «político» en cuanto que los partidos obreros tomaron un auge extraordinario en el primer tercio del siglo XX. No es extraño que ello diese lugar a importantes análisis que eran en sí mismos investigaciones sobre la composición de clase del Poder Constituyente de los regímenes totalitarios (GRAMSCI, KIRSCHEIMER, BAUER, TASCA) (83).

En la sociedad civil moderna de los países de capitalismo avanzado y democracia política, aun cuando sean conflictuales e incluso antagónicas o asimétricas sus relaciones sociales y económicas, la clase burguesa dirigente no domina políticamente hasta el punto de determinar por completo la decisión política objetivada que es el Derecho. La sociedad civil no se proyecta idéntica en el nivel de lo político. No es exacta por ello, a mi juicio, la formulación de MORTATI que identifica mecánicamente Poder Constituyente y fuerza social dominante. En realidad, el Poder Constituyente es una *relación de fuerzas*, en las que ciertamente las clases sociales ocupan posi-

---

(83) Vid. DE MARCUSE y otros, *Fascismo y Capitalismo*, Barcelona, 1973.

ciones dominantes o subalternas, pero cuyo equilibrio político no es monolítico, sino en cierta medida variable. «Conflicto de fuerzas opuestas», que para GEORGES RIPERT no podría ser resuelto más que por el arbitraje del poder, de ahí el valor del poder legislativo (84).

Pues bien, *las variaciones en la composición del Poder Constituyente son la causa eficiente de los cambios en la estructura del ordenamiento jurídico*: Cuando esas variaciones son las normales en el juego político coyuntural, la estructura jurídico-constitucional no cambia sustancialmente (ejemplo: reforma o mutación constitucional).

Cuando se trata de convulsiones de cierta importancia, pero en un nivel sobre todo *político*, el impacto en el ordenamiento jurídico puede ser fuerte; por ejemplo, expresado en la ruptura con un régimen político (crisis de Estado) y la instauración de una Constitución (transición a la democracia en España) con la consiguiente variación en los *principios constitucionales*. Cuando, en fin, la transformación en el Poder Constituyente es tal que los grupos sociales que ocupan las posiciones dominantes en él pierden ese lugar, la ruptura con las viejas estructuras jurídicas son expresión de una *revolución social y económica* —crisis de sociedad— de carácter normalmente irreversible (Revolución francesa, Revolución rusa de Octubre), aun cuando atravesasen coyunturas de «doble poder» (guerra civil).

De lo anterior se obtiene un corolario fundamental: *la estructura del ordenamiento contribuye a asegurar el mantenimiento del Poder Constituyente*. Este es el criterio para descubrir cuáles son los nudos, las claves, del ordenamiento, porque éste es portador de una relación de poder. El cambio en el Poder Constituyente es paralelo al de la estructura del ordenamiento. *Serán, en consecuencia, elementos estructurales (constitucionales) del ordenamiento, aquellos cuya variación expresaría una transformación en la composición del Poder Constituyente*.

En suma, el Poder Constituyente está proyectado, integrado, en la estructura jurídica profunda de un sistema político.

---

(84) G. RIPERT, *Evolution et progrès du droit*, en *La crisi del diritto*, Padova, 1953, pág. 7.

El Poder Constituyente pasa así, en cierto modo, a juridificarse, pasa a ser una realidad jurídica, en cuanto que su continuidad y subsistencia se convierten en el sentido de la estructura fundamental del ordenamiento. No es el Poder Constituyente en su mismidad sociológica lo que se juridifica, sino su necesidad política de subsistencia. El Poder Constituyente es, por eso, al tiempo, un problema fáctico y un problema jurídico. El jurista no puede dejar de estudiar la composición del Poder Constituyente, ya que la necesidad de su conservación es un *prius* y un *posterius* de las estructuras jurídicas básicas.

De añadidura, las variaciones en el interior del Poder Constituyente, es decir, en la correlación de fuerzas sociales y políticas que sustentan el ordenamiento, se proyectan automáticamente en la estructura de éste influyendo en su eficacia y efectividad, en su interpretación por los operadores jurídicos, etc. Es, pues, el Poder Constituyente una realidad jurídicamente relevante, y su estudio debe ser reivindicado. Por ejemplo, para el conocimiento del proceso constitucional, de la vigencia posterior de la Constitución de 1978 y de su proyección en el ordenamiento y en la realidad jurídica española.

El Poder Constituyente «vive» en el ordenamiento, produciéndolo y sustentándolo; el Poder Constituyente no es el rayo que actúa en la hora H de la revolución para desaparecer después, sino que está permanentemente presente, aunque de forma no siempre visible (lo que llamo *opacidad* del Poder Constituyente), y de forma no siempre consciente (lo que llamo *amnesia* del Poder Constituyente), pero sí internalizada. El Poder Constituyente es cabalmente el poder «político».