

La Constitución como norma, como decisión y como orden concreto

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. ANTONIO PERPIÑÁ RODRÍGUEZ (*)

I. CONSIDERACIONES GENERALES

¡Habemus constitutionem! ¡Tenemos Constitución!, exclamaron jubilosamente el pueblo español y las clases políticas (sobre todo, éstas) cuando por el *referendum* de seis de diciembre fue ratificado el texto aprobado por las Cortes en 31 de octubre anterior. Incluso podríamos decir que ese clamor quedaba más matizado al exclamar con gozo: ¡Tenemos Constitución democrática! Ahora bien: ese remedo de clamor ante la elección de un nuevo Pontífice, merece una reflexión muy seria, partiendo precisamente del contenido tan distinto de ambas exclamaciones gramaticalmente parecidas. La multitud apiñada en la plaza de San Pedro aclama algo real y concreto, a saber: la elección de un nuevo Jefe de la Iglesia católica, con ovación incluso a su persona física individual. Podrían dudar los fieles romanos, y los del mundo entero, sobre el sesgo que habría de tomar el nuevo Pontificado; pero aclamaban a un hombre concreto, «constituido» en cabeza de la Cristiandad católica, con capacidad de decisión psicológica y jurídica bien definida, al mismo tiempo que a la continuidad de

(*) Disertación en Junta del martes 27-III-1979.

una institución, la Iglesia católica, y de sus normas fundamentales vigentes. Por el contrario, los que en diversos centros y lugares participaron en la ovación político-democrática NO SABIAN EN REALIDAD LO QUE RECIBIAN CON REGOCIJO. Aparte de que la gran mayoría ignoraban el texto constitucional (incluidos muchos de las clases políticas), lo cierto es que su entusiasmo se dirigía, no hacia algo real y concreto, sino a una abstracción, a un conjunto de normas ideales cuya realidad o realización solamente era admisible bajo una fuerte dosis de bonísima fe. Si con Juan Pablo II comenzaba un futuro en parte imprevisible, lo era en muy pequeña escala. Allí estaba la confirmación de la continuidad de las instituciones eclesiásticas e incluso una hipótesis muy razonable sobre cuáles habrían de ser las intenciones y decisiones papales. *En seis de diciembre no sabemos apenas nada de lo que ha empezado.* ¿Se había constituido en España, la democracia, la vía hacia la democracia? Por lo demás, la palabra Constitución es susceptible de múltiples acepciones, aclarando algunas de las cuales podremos penetrar en el tema de nuestra divagación. Cuya rúbrica, como se habrá visto, se inspira en la conocida doctrina de Carl Schmitt sobre una triple concepción del ordenamiento jurídico: como norma, como decisión y como orden concreto.

II. LA CONSTITUCION COMO HECHO (COMO SER) Y COMO NORMA (COMO DEBER SER)

Gramaticalmente, la palabra «constitución» se nos ofrece como equivalente a naturaleza, cualidades esenciales de una cosa, su estado o modo de ser; y refiriéndonos a las personas, como modo de ser biológico, psíquico o espiritual, o sea tanto como temperamento, idiosincrasia, carácter (sanguíneo, agresivo, introvertido, soñador, etc.). Pero otras veces, justamente dentro del campo de la vida social humana, el término asume una acepción verbal, como *constituere*, establecimiento o institución de ciertas situaciones: se constituye el Tribunal, una hipoteca, una sociedad anónima. Y ya no se trata de un hecho dado, *donné*, sino de una acción, más exactamente, de lo que se construye, *construir*. Bien entendido que si puede hablarse de constituir cosas físicas, la palabra se aplica fundamentalmente a la constitución de reglas

de conducta recíproca, de *normas*, es decir, de máximas de conducta colectiva que deben regir ciertas formas de convivencia (estatuto, ordenamiento, ley). Estamos, pues, muy cerca de la clásica distinción kantiana entre el «ser» y el «debe ser»; pero nada más que cerca. No pasamos de la razón pura teórica a la razón pura práctica, ya que nos hemos de detener en un tercer plano que el filósofo de Königsberg no exploró: el del DEBER SER QUE ES.

Los hombres, al constituir un Estado, una forma política nueva, como cualquier otra situación social, sientan las bases de lo que quieren que sea, es decir, de las máximas de conducta que los seres asociados *deben seguir*. Y ahí tenemos los 168 artículos y sus disposiciones complementarias que «constituyen» nuestra «Constitución». Vemos claramente el aspecto de NORMA. Más aún: si esta norma (este sistema normativo) no ha derivado directamente de Dios, como las Tablas de la Ley, ni tampoco ha procedido de las encinas o de las rocas, según decía Platón respecto de la forma gubernamental de los Estados, es obvio que ha surgido por una DECISION humana. «*La Nación española... proclama su voluntad de...*», empieza el preámbulo, que termina diciendo que «*las Cortes aprueban y el pueblo ratifica lo siguiente*». Se trata de decisión de conjunto sobre el modo de ser y forma de la unidad política, que diría Schmitt en su concepto «positivo», se trata de establecer una totalidad normativa (*norma normarum*). Verdaderamente, la concepción formal-positivista de la escuela de Viena no sólo es compatible, sino que se complementa con el pensamiento político-positivo de Schmitt. Tanto más cuanto que, como dice Huber, la Constitución no es el acto de decidir, sino lo decidido; y lo que se decide es el establecimiento de normas. Las cuales no constituyen algo del mundo del ser, sino del deber ser: «*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*». ¡NADA MAS Y NADA MENOS! Porque ahora se inicia el *quid* de nuestra intención teórico-política. Porque al decir «España se constituye» por acto de decisión nacional, siendo España algo real, positivo y concreto (la convivencia efectiva de los españoles), parece que retrocedemos al mundo del ser, de la existencia; con la única particularidad de que esa realidad viene construida y modelada por las decisiones e intencio-

nes normativas de los constituyentes. Y esto presupone una cosa: la eficacia de lo decidido, que las normas de conducta promulgadas sean realizadas. O, como diría con precisión Hermann Heller, que el *orden normativo* (idealmente formulado) se traduzca en un *orden efectivo* (realmente vivido). Pese a alguna expresión del artículo 1.º, 1, de la Constitución, que antes hemos subrayado, las Constituciones políticas no son simplemente expresión de buenos deseos o criterios vagos de valor, sino realidades existenciales, no son un «deber ser» que queda ahí como filosófica formulación de la VALIDEZ ideal de un orden de VALORES abstractos, sino un «deber ser» que se dirige imperativamente a los hombres para que cumplan lo prescrito, como «un deber ser que es» que ha de ser; *et si non, non*. Si la norma fundamental, por bella que sea en sus expresiones, no toma carne en la realidad de la conducta política española, si no tiene VIGENCIA (al infiltrarse en las VALORACIONES concretas de los españoles), es puro papel mojado. NO ES UNA CONSTITUCION. Mejor dicho: no será una Constitución *normativa*, en el sentido de la clasificación ontológica de Loewenstein, algo vivido y lealmente observado, como un traje a la medida que se adapta a los perfiles del cuerpo social, sino un disfraz, una Constitución puramente *semántica*, cuya función es precisamente ocultar las auténticas formas políticas. Como la «democrática» Constitución de la U. R. S. S., cuya función —aclararíamos con Loewenstein— no es la de limitar el poder, como en el constitucionalismo clásico («régimen de garantías», nos repetía el maestro Posada), sino todo lo contrario: servir de «instrumento» de poder.

Y he ahí de lo que se trata en sustancia. Dando de lado las enfáticas declaraciones de los partidos políticos (o tomándolas como dato sociológico indicador de verdaderas intenciones); y, sobre todo, observando lo que destaca en la conducta real de nuestras clases políticas y del pueblo español, en general, nos planteamos la siguiente cuestión: la Constitución, aprobada por decisión de 6 de diciembre de 1978 ¿va a ser una norma de vida efectiva, *un deber ser que va a ser*, o va a quedar como vago y etéreo deber ser, con *validez* ideal acaso para sus adeptos, pero sin *vigencia* en el mundo real de los hechos. Insistimos en contraponer las palabras subrayadas: validez o cualidad positiva en el reino de los valores puros, y vigencia como positividad en el terreno de los hechos? Sin embargo, y siguiendo al mismo Loe-

wenstein, tenemos que suavizar un poco la polaridad entre las dos posiciones extremas, lo normativo y lo semántico, añadiendo una fórmula ontológica (sociológica, diríamos nosotros), lo *nominal*. Llama así nuestro autor a las Constituciones jurídica y formalmente válidas (vigentes), pero que no acaban de someter a sus cauces normativos todo el proceso político, son como el traje que viene largo. Algo que cuelga como prenda basta y zafia, que vendrá a la medida cuando el cuerpo nacional haya crecido. Su función, más que estricta y directamente normativa es, por ser prematura, de carácter educativo. Nos recuerdan estas ideas la distinción de Karl Mannheim entre utopía e ideología. Aunque ambas trascienden la realidad, no corresponden al ser social, la primera tiene alguna intención de realidad, aspira a modificarla con arreglo a ideas nuevas, mientras que la segunda no hace más que enmascarar intereses no confesables (ideología en el sentido peyorativo del término). Aquí hay un puro verbalismo, cuya única proyección política es justamente engañar, legitimando verbalmente una situación que no se siente sinceramente legitimada; allí hay un afán y una realización parcial de proyección sobre la vida real, cambiando la pasada. Por eso, y supuesto que esa vida es conducta humana regular y normal, su función educativa podría precisarse mejor cambiando el símil: más que un traje que está grande, la Constitución nominal aspira a ser un aparato ortopédico, que modifique las formas político-sociales.

Y cambiamos ahora los términos del interrogante: nuestro flamante texto constitucional, que, sin ningún género de dudas, no es todavía normativo (los usos privados y públicos están muy lejos de ser propiamente democráticos) ¿vendrá a tener la función de ir constituyendo lenta y difícilmente la idiosincrasia política de los españoles, demasiado zafios ciudadanamente aún para lucir las galas de la democracia? O ¿nos encontramos otra vez en una coyuntura más de nuestro «largo camino hacia la democracia», en una de esas muchas ocasiones que desde 1812 hasta 1931 los textos legales vinieron prácticamente a quedar en papel mojado, en puro disfraz, sometiéndonos durante más de un siglo a la mascarada del juego democrático? Trataremos de puntualizar los términos y de aclarar los hechos, volviendo a las tres ideas básicas que tomábamos de Carl Schmitt y que sirven de título a nuestro estudio.

III. LA NORMA CONSTITUCIONAL

La primera apariencia externa de la Constitución es la de NORMA. Bien entendido que este vocablo no ha de entenderse literal y estrictamente como una ley o disposición concreta, sino como *sistema normativo* global; de la misma manera que los clásicos al hablar de la *ley naturalis* se referían al *ius naturale* íntegro. En concreto, el sistema constitucional de un país es el hecho normativo fundamental que corona todo el orden. Cualquier estructura político-social se compone de muy diversos sistemas o subsistemas parciales (tantos como fines o valores pueden aislarse en la vida en común y tantos como reciben una estructuración o institucionalización parcial ajustada a esos fines). La Constitución política puede entenderse como el techo, coronación y «superestructura» de todo lo demás. La Constitución de 1978 aspira a ser el «techo ideológico» de la Sociedad española (la expresión entrecomillada es, creemos, del profesor Tierno Galván y ahí el adjetivo no tiene el sentido peyorativo de Marx y de Mannheim). Lo cual exige algunas precisiones, so pena de servir de punto de partida a equívocos, dudas y aun escándalo.

Cuando el art. 1.º dice que «*España se constituye...*» reduce esa realidad histórico-social que es nuestro país a su armadura jurídica. Se constituye «*en un Estado social y democrático, etc.*»: y España es mucho más que eso. Pero lo cierto es que hoy, en la segunda mitad del siglo xx, y sin haber llegado todavía de modo formal al socialismo, lo cierto es que gran parte de la vía española depende de las normas iuspublicistas en vigor y, consecuentemente de las iusprivatistas que dependen de las anteriores. Ya Rodolfo Stammler, en plena era liberal, decía que el Derecho es en última instancia (y no la economía, como pensaban los marxistas) el responsable de los fenómenos sociales, dado el carácter coactivo e ineludible de sus normas; y ¿qué decir ahora cuando, diga lo que quiera el Título I de nuestra Constitución, nos estamos topando con el Estado y con sus normas y poderes a cada instante, desde la partida de nacimiento hasta el certificado de defunción, pasando por los títulos de bachiller y licenciado, el matrimonio civil, las declaraciones y exacciones fiscales, los discos en rojo y las multas del Código de la Circulación, etc., etc.? Aquella «socialización fría» de que hablaba Theodor Geiger se extiende mucho más allá de la economía y empieza ya a elevarse

a una temperatura peligrosa. Y eso sin contar los múltiples hechos y usos de la vida cotidiana en que el Estado, ese Estado que nos pone en todo trabas y cortapisas, viene a inhibirse precisamente cuando debía actuar, obrando así como causa negativa, pero sometida a clara imputabilidad (pornografía, ordinariez —que ha llegado ya a la Real Academia de la Lengua— atracos, atentados, violaciones, etc.). En suma, cada vez resulta más difícil separar Sociedad y Estado, como alegremente pensaban nuestros abuelos, y todo el orden y el desorden efectivo del país va siendo imputable al sistema jurídico y político (no olvidemos que los que se llama Estado es norma, pero también fuerza). Pero el punto de partida se encuentra en el supersistema constitucional. De ahí, de sus normas (cumplidas o no) arranca todo.

Y otro interrogante más poco optimista. ¿Qué ha hecho y qué es presumible que vaya a hacer nuestra norma constitucional? Esperamos de su vigencia, la formación de un orden efectivo de vida concorde con el orden normativo que proclama... y nuestras esperanzas se quedan magras. Quitando las actuaciones formales de los poderes y ciertas prácticas efectivas, no vemos aún que nuestra Constitución sea normativa... ni siquiera nominal. «Palabras, palabras, palabras». Admitimos que ese Código fundamental está recién nacido, que viene después de cuarenta años de dictadura *más tres de democracia informe e informal* (no hay que olvidarlo); mas apenas si sentimos algún balbuceo esperanzador. Que otros escritores se arrojen como buitres a devorar el texto constitucional, como si fuera un nuevo Código civil, cuya normatividad cabe deducir de la interpretación lógico-gramatical de sus preceptos. Nosotros, que hace tiempo hubimos de pasar desde la Jurisprudencia a la Sociología, preferimos mirar los hechos, el orden y el desorden efectivo de la vida española, pública y privada, y creemos apreciar pocos deseos de vivir democráticamente. En la vida particular apenas si existen más que la indiferencia o el odio político; en la esfera pública no hemos pasado más allá de una ficción de democracia. Sería curioso hacer un análisis, no lógico-jurídico, sino empírico-sociológico del estilo y modo de obrar de las esferas gubernamentales y de las que aspiran a serlo, para comprobar cuántas pautas de conducta del antiguo régimen se han conservado: el uso y abuso de la televisión, los cabildeos entre bastidores de los secundones, el hermetismo y personalismo de los dirigentes máximos, el exagerado triunfalismo o derrotis-

mo, según los casos, la política como sublucha por el poder (antes el poder estaba en Franco y sólo cabía la sublucha; ahora no está en nadie, ni siquiera en el pueblo, y todo se reduce a intrigas, adulaciones, enchufismo, manejos de «astuto Conde»), *et sic de caeteris*.

Y es que en nuestros políticos constituyentes y constituidos, incluso en los que obran de buena fe, está grabado un equívoco (perdón, una equivocación) que la teoría política y sociológica debe combatir. Se piensa que confeccionando un código perfecto (y admitimos que lo sea el de seis de diciembre), sancionándolo y promulgándolo ya está todo. Ya se ha construido una estructura normativa perfecta y no queda más que esperar que las aguas de la vida social discurran por los cauces trazados. SE CONFUNDE LA HIDRAULICA, COMO «ARTE DE CONDUCIR, CONTENER, ELEVAR Y APROVECHAR LAS AGUAS», CON LA HIDROLOGIA COMO MOVIMIENTO, REPOSO O AUSENCIA NATURAL DE LAS AGUAS. Se han construido canales, pantanos, presas, acequias y canalillos para encauzar democráticamente la vida del país; pero se ha olvidado dirigir el agua misma para hacer que se someta a esos trazados normativos, impidiendo así los charcos, las inundaciones, los escapes y demás hechos y fenómenos extra o antinormativos. ¡Incluso se ha olvidado la posible sequía! ¿Y qué es lo que falta? Los teóricos estructuralistas y los políticos prácticos que actúan con convicciones estructurales al uso incurren en un desmedido formalismo, en el imperio del orden normativo que desde la norma fundamental, *norma normativa* o Constitución, va descendiendo con exquisito logicismo formal. Esto es lo que hace Kelsen en Filosofía del Derecho; pero es también el estilo científico de los sociólogos a lo Parsons o de los politólogos a lo David Easton. No. Las estructuras son mucho más que meras formas o pautas regladas de conducta. Por una parte, son la realización de fines, impulsos y valores, cuya «canalización» o «remansos» no coinciden con la hidráulica de los *patterns of culture* oficialmente en vigor. Y, por otra parte, las estructuras, como formas de vida «estructuradas», son al modo de un cuerpo vivo y viviente que sólo es algo real y existencial (y no un cadáver o un dibujo de almohadón) cuando está animado por un espíritu, un alma, que es el principio unificador del cuerpo estructural. Y LO QUE NOS FALTA EN NUESTRA GEOGRAFIA DEMOCRATICA SON, DE UN LADO, LOS SENTIMIEN-

TOS DE ESA INDOLE (respeto a la opinión ajena, comprensión del contrario, capacidad de diálogo y de rectificación, desinterés) Y, DE OTRO LADO Y SOBRE TODO, LO QUE ES EL PRINCIPIO INSPIRADOR DE LA DEMOCRACIA COMO ESTRUCTURA Y DE LOS SENTIMIENTOS HUMANOS CORRESPONDIENTES. Principio que no es otro que el proclamado ya por Montesquieu: la VIRTUD. No necesariamente la virtud moral (no hace falta que el pueblo sea santo para vivir en democracia), sino como *virtud cívica*. Montesquieu decía que no venía a hablar de las leyes, sino de EL ESPIRITU DE LAS LEYES (como antes Ihering nos había descubierto *El espíritu del Derecho romano*). Pues bien, lo que los españoles, gobernantes y gobernados, cada uno en su puesto, deben hacer, no es promover una proliferación de normas y normas democráticas, sino educar en la virtud ciudadana y practicarla. Sólo así la Constitución de 1978 será una norma democrática efectiva y no un extraño crucigrama en que se trata de descubrir «lo que no se hace en la vida».

En suma, nuestra Constitución como norma no es un reglamento supremo, es un interrogante. Abrámosla una cuenta de crédito y, más ingenuos que un desconfiado banquero, esperemos que se nos devolverá la confianza y la paz cívica. Diputémosla como Constitución nominal, con función sustancialmente educativa, tanto como normativa. El acto constituyente no terminó el seis de diciembre, sino que *ha empezado ahora*, cuando se trata de educar para la democracia, para la virtud ciudadana. En lo que naturalmente, dentro de una época en que la institución política ha invadido todo como Estado-Iglesia, Estado-Escuela, Estado-Propaganda, etc.; en una época así, decimos, quien asume la máxima responsabilidad son aquellos *qui curam communitatis habent*. Los cuales deben abandonar la propaganda ridícula y contraproducente que se hace en los periódicos y en los medios audiovisuales, para predicar con el ejemplo, que es el mejor medio de educación. Austeridad, honestidad, modestia, «servicio y sacrificio». Sin eso, no vemos cómo se va a pedir al cuerpo de ciudadanos que discurra por los cauces de la democracia. Una democracia sin virtud es como una red de canales y un sistema de pantanos en un país sometido a una pertinaz sequía. Pura hidráulica, acaso lógico-jurídicamente muy meritoria, pero montada dentro de una hidrología que se burla de ella.

IV. LA DECISION CONSTITUCIONAL

Sea como fuere, la forma democrática del Estado ha resultado, no de la automática «naturaleza de las cosas», ni de un FIAT divino, sino de un acto de voluntad y decisión de los hombres. Si la Constitución es una norma, también es una decisión o procede de ella. Decisión suprema sobre la unidad política, dice Carl Schmitt, acto de voluntad de una nación en uso de su soberanía, escribe entre nosotros Sánchez Agesta. Ahora bien: la connotación originaria de esas dos palabras, decisión y voluntad, parece llevarnos a la Psicología y resultan de difícil traducción en el mundo del vivir político. En la vida cotidiana, incluso en la Microsociología de la acción, enuncian claramente que existe y opera un sujeto individual, con capacidad de decidir lo que quiere y, dentro de ciertos límites, de hacer lo que desee. Pero, ¿cómo transportar ese esquema cuando lo querido, decidido y hecho es una Constitución? En un régimen autocrático, incluso, la cuestión puede presentar alguna ambigüedad, pues en el acto imperativo del autócrata existen cooperaciones psicológicas, como las de los consejeros y asesores. Sin embargo, la doctrina resuelve esto con facilidad. Una cosa es el *contenido* lógico de la decisión, lo que se presenta como mandado y ordenado, y otra el *acto de decidir*, el *Gesetzesbefehl*, que dirían los alemanes. Este, y nada más que éste, es lo que da valor de obligar, vigencia, a una norma; y esa capacidad de obligar se descubre claramente en la voluntad decisoria individual del autócrata. Mas ¿vale esto para una Constitución democráticamente establecida? Ciertamente que podemos trasladar aquí, con las naturales complicaciones, aquella idea de que el *contenido* de la Constitución, en su pura expresión gramatical y lógica, puede provenir de múltiples aportaciones: pareceres doctrinales, dictámenes de comisiones, votos individuales... pero ¿dónde encontrar la fuente capaz de emitir un acto de mandato y decisión obligatoria, que no es algo lógico, sino psicossociológico, real y efectivo en el mundo de los hechos. ¿Dónde hallar esa voluntad capaz de dar un *Gesetzsesbefehl* constituyente? España, el pueblo, la nación, son abstracciones sin existencia real ni energía volitiva propia. En cualquier caso, su realidad no llega hasta erigirlas en sujeto de acción unitaria y una. He aquí el problema que en 1925 se planteaba Hermann Heller, al advertir casi con desolación que la soberanía, en méritos de la democracia,

«se había quedado sin sujeto». Ya antes Carré de Malberg había dicho algo parecido al descubrir el sentido puramente negativo de la concepción de la soberanía en la Revolución: al arrebatársela al monarca y transferirla a la nación, incapaz de decisión propia, se la había suprimido y nadie era ya soberano... nadie podría hacer una Constitución, diríamos. Sin embargo, la teoría política contemporánea, fuertemente apoyada por las doctrinas sociológicas (a destacar la aportación del recién premio Nobel Herbert Simon) permite aclarar suficientemente las ideas. Desde luego, un criterio científico correcto no autoriza en modo alguno a presumir la realidad existencial activa de las abstracciones mencionadas. No hay más voluntad en la tierra que la voluntad humana individual, ni otra capacidad de decisión eficaz que la de esa voluntad. En *Fuenteovejuna* no actúa un ente suprapersonal, sino solamente «*todos a una*», o sea, acciones y decisiones individuales que se unen, sí, pero para llegar a un mismo resultado, sin llegar a fundirse en una voluntad suprahumana. Lo único que podría conducir al pensamiento de ver ahí una unidad de acción y decisión colectiva es el fenómeno de la masa psicológica, la cual, empero, no implica la emergencia de un sujeto nuevo (la masa añadida a sus componentes), sino meramente una situación que altera sustancialmente la conducta de sus miembros. Y ni siquiera cabe una aproximación a nuestro problema partiendo de la «unidad de la masa», pues España, la nación o el pueblo son entidades completamente distintas. Y tampoco en la decisión constitucional puede verse la intervención directa de un macroantropos político, la acción de un *group mund*, de una voluntad general distinta de la *volonté de tous*, puesto que también ahí, y aún más claramente, la unidad llega, no por fusión mística ni por la superposición de un fantasma político (la *volonté générale*), sino porque se da una *coordinación de múltiples decisiones individuales que rematan en un contenido normativo común, que se tiene por jurídicamente válido*. Se trata de una continuación de lo que dijimos antes y lo único nuevo ahora es cómo se ha formado colectivamente el mandato legal. Pero no más que por una *despersonalización* de lo decidido (Simon), por una *decisión compleja* (Letner). Decir que «España se constituye» o que «el pueblo español ratifica» la Constitución, es tanto como afirmar que un contenido legal cooperativamente construido *tiene vigencia juri-*

dica por la cooperación y aceptación de las voluntades individuales de los españoles.

Nos acercamos al núcleo de la cuestión. Esa actividad cooperativa no conduce a un resultado físico único (como en Fuenteovejuna o en los que tiran de la sirga), sino a un efecto psíquico-mental: crear la obligatoriedad constitucional, la norma de este carácter. En principio, pues, LA DECISION CONSTITUYENTE TIENE SIGNIFICADO NORMATIVO, NO EXISTENCIAL, versa sobre el modo como se «debe vivir», no sobre como se va a vivir de hecho. Esto último sería el caso de confeccionar un producto farmacéutico en vez de un código supremo. Pero si en este último terreno rigen las leyes fisiológicas, implantadas por la «naturalidad de las cosas», en el nuestro no hay tal. La decisión constitucional rige por consenso de voluntades que dan carácter vinculativo a lo que resulta de la combinación de ciertas voluntades concretas. ¿Pero cuáles son esas voluntades minúsculamente constituyentes y cómo se computan y coordinan para determinar el texto jurídicamente válido? Aquí no caben recetas magistrales, sino criterios procesales, reglas que lo establezcan. Y chocamos aquí con el gran problema de la cuestión constitucional. La decisión de este carácter, en cuanto suprema, en cuanto *norma normarum*, no puede estar sometida a ninguna otra decisión normativa anterior y en el mundo de la vida política ha de ser el auténtico *fiat* originario e inicial de toda la estructura jurídica. No vale recurrir aquí a la constitución en sentido lógico-jurídico previa a la constitución en sentido jurídico-positivo, a lo Kelsen, doctrina que sólo sirve para tranquilizar un poco el espíritu teórico, mas no para fundar la realidad política. Hay que aceptar el problema de la decisión con todo su rigor político, que es lo que hace Carl Schmitt, y hemos de acabar por reconocer, contra lo más arriba consignado, que LA DECISION CONSTITUYENTE (nacida de la nada normativa) TIENE VALOR EXISTENCIAL. No es que la decisión, como acoplamiento de voluntades según cierto procedimiento, dependa de una normativa anterior, valga por subsumirse en ella; es que la decisión primaria crea e incoa la primera fase de la pirámide jurídico-normativa. En este sentido, tenía razón el abate Sièyes cuando decía que la nación no está sometida a ninguna exigencia procesal previa y que «de cualquier manera que quiera constituir, constituye». Claro es que esta ficción no hace más que ocultar la realidad política, porque

¿qué es la nación, quiénes la forman, quiénes expresan válidamente su «voluntad»? No habiendo ninguna exigencia procesal previa, no hay más remedio que admitir que la nación vendrá configurada por los que, merced a una posición de fuerza, se definen como expresión de ella misma. La II República española, como cualquier otro momento histórico análogo, nos lo evidencia. Fue el Comité revolucionario, el que al establecerse en el vacío dejado por la abdicación de la Monarquía (como se expresó Lerroux), sentó la primera piedra del nuevo régimen. Fue, insistimos, un acto de valor existencial, netamente *político*, previo a cualquier dato o instancia de valor normativo, *jurídico*. Y es que en la ciencia política tiene plena confirmación el brocardo latino tan rico en significaciones: *ex facto oritur ius*. Más crudamente los alemanes dirán que *Macht ist Recht*. Y entonces podemos concluir en lo siguiente: la nación el pueblo, se perfilan y recortan como órgano concreto de voluntad eficaz según establecen los preconstituyentes, los que determinan cómo ha de funcionar el poder constituyente. A lo más que puede llegar la democracia es a *reconocer* la fuerza decisoria combinada de las voluntades individuales de todos los ciudadanos; pero siempre con las trabas y restricciones de imponer *quiénes* son ciudadanos activos y *cómo* se conjugan sus minusdecisiones.

¿Vale esta construcción para el caso español de 1978? Sí y no. En principio, no porque surgió de un acto de «reforma política» formulado siguiendo el procedimiento legal establecido. Estaríamos ante un caso de ejercicio de un «poder constituyente constituido» (Sánchez Agesta), como el que se establece en todos los procedimientos de reforma de los códigos constitucionales. Pero creemos que sí vale aquella construcción doctrinal porque como ya tuvimos el honor de exponer ante esta Corporación antes de iniciarse la reforma, se había producido una auténtica *ruptura* (el franquismo era el principio político del *angien regime*, y muerto el Caudillo se rompió el régimen). Con ello entrábamos en auténtico proceso constituyente *ex novo* y *ex nihilo* (como cuando Alfonso XIII salió del país)... y la diferencia fue que en lugar de encontrarnos con un Comité revolucionario omnímodo nos hubimos de someter a un Gobierno que, no obstante tener que aceptar evidentes exigencias de democratización, tuvo facultades para decir y establecer *quiénes* formaban el poder constituyente, *cómo* habían de darse por válidas sus decisiones y *cuál* había de ser

el contenido de la decisión constitucional. No el pueblo como unidad concreta capaz de voluntad, sino el pueblo tal como se recortó «normativamente» por el Gobierno (el *referendum* fue un acto sin relevancia política), quien emitió la suprema decisión plasmada, tras la actuación de las Cortes y tras el otro *referendum* puramente semántico. Hay, entre otros, un dato muy significativo que ha llamado la atención e incluso escandalizado a personas legas en conocimientos jurídico-políticos: el modo de computar los votos y las candidaturas cerradas. ¿Qué participación en la soberanía popular pueden tener los ciudadanos a quienes *se obliga* a votar unas cuantas listas cerradas y a quienes luego *se les birla* la faculta de configurar la resultante real de su cooperación decisoria, sustituyendo su criterio teóricamente soberano por el criterio del señor D'Hondt? El pueblo español ha ratificado decisiva y decisoriamente un texto en que no ha tenido arte ni parte. Pero, con independencia de esto —que en cierto modo era inevitable— la verdad es que ese mecanismo democrático nos ha recordado lo que algunos irónicos críticos austríacos aducían frente a la autoritaria Constitución de Dollfuss, esto es: faltaba a su texto un artículo decisivo: «el Presidente de la República nombra al pueblo».

V. EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Pero hemos venido hablando de decisión normativa, de voluntad constituyente, del Estado como libre construcción humana; y parece que hemos olvidado el concepto fáctico del término Constitución, como *ser* o modo de ser de un pueblo. Desde luego que el hombre tiene libre albedrío para organizar su vida individual y colectiva sin estar sometido a la ley de hierro del destino histórico o del determinismo sociológico; pero ¿tiene capacidad para modelar a su arbitrio la materia político-social? Dos posiciones radicalmente opuestas se ofrecen aquí. El racionalismo revolucionario se pronuncia por la primera posición: «la constitución del hombre es obra de la naturaleza; la del Estado, del hombre», dice Rousseau (*Contrato social*, III, c. XI). Por el contrario, el romanticismo contrarrevolucionario y el sociologismo determinista entienden que «ninguna constitución resulta de una deliberación» (De Maistre), pues la constitución «es existencia y natura-

leza» (Bonald), es «la suma de los factores reales de poder que rigen a un país» (Lasalle). No creemos necesario prolongar eruditamente esta serie de citas. Nos bastará oponer al alegre optimismo de los revolucionarios la cautela naturalista y determinista de los que se oponían a la revolución o de los que no la veían tan fácil. Creemos que el punto de partida general para la solución de este problema es recordar la fórmula de Santo Tomás: *homo non dicitur liber suarum actionum, sed liber electionis, quae est indicium de agendis*. El hombre, en política y en cualquier otra zona de su vida, no es pasivo precipitado de los hechos naturales, no es robot sin iniciativa como muñeco construido por el Gran Arquitecto, no es mera e inerte económica fruto de la evolución de las fuerzas productivas... tiene su libertad, su libre albedrío; pero no para hacer lo que quiera, sino lo que puede. No es señor y amo de sus acciones y de los efectos de esas acciones, sino que es libre para decidir dentro de las posibilidades que se le ofrecen. Y por eso también es libre incluso para equivocarse. Hay indudablemente un antagonismo entre el SER de los pueblos (su constitución natural) y el DEBER SER de su Constitución legal positiva. ¿Hasta dónde llegan la fuerza y el efecto de cada una? Volvemos a lo ya dicho. Si los seres humanos confeccionan, siguiendo su libertad de decisión, un orden normativo basado en sus ideales, ideologías e intereses, la vida real nos ofrece una conducta real y de hecho, que no es sólo un caos desordenado de actos caprichosos y anómicos, sino también —y esto es lo interesante para el politólogo— un orden efectivo, una regularidad que tiene lugar sin que los sujetos la implanten con toda intención y propósito. Por otra parte, recordamos las sabias indicaciones de Loewenstein: hay Constituciones normativas bajo las cuales funciona un orden efectivo paralelo, pero también existen Constituciones nominales y semánticas en que el paralelismo sólo existe en parte o apenas se da en absoluto. Nuestra intención no es desarrollar este tema importantísimo, sino aplicarlo a la realidad española. Y ello a través de dos fundamentales parámetros, como se dice ahora con mayor o menor exactitud.

¿Cuál es el ser constitutivo de España? En una enumeración famosa De Maistre nos exponía aquello en que puede consistir: «Dadas la población, las costumbres, la situación geográfica, las

relaciones políticas, las riquezas, las buenas y malas cualidades de una cierta nación, encontrar las leyes que le convienen». Por su parte, Fernando Lasalle habla de «los factores reales de poder que rigen a un país». El primero de ambos enumera una serie de factores heterogéneos y cuya significación (aparte de necesitar ser completados con otros) ha de realizarse reduciéndolos a una uniformidad sociológicamente aceptable. El segundo se acerca más a la realidad, pues el ser político está compuesto sustancialmente por fuerzas sociales eficaces. Pero quizá el punto de partida más aprovechable nos lo va a dar Platón (que, como decía el propio De Maistre, siempre se encuentra a la cabeza de las grandes verdades). Porque el filósofo de la Academia tras advertirnos que las formas gubernamentales de los Estados no proceden de las encinas ni de las rocas, añadía: sino de las *costumbres* mismas de los hombres que participan en ellas y de la dirección que todo ello imprime a los demás. Reducido a términos sociológicos actuales, glosaríamos: la geografía, el clima, la población, las riquezas y demás cosas físicas o materiales *en sí mismas* no forman parte de la Constitución natural, sólo son su base material, en cuanto contribuyen a configurar una cierta *idiosincrasia* nacional, unas «buenas y malas cualidades» nacionales que son fuente psicosomática de las relaciones políticas y sociales (las «costumbres» como socialización o humanización de las «encinas y las rocas»). Sin olvidar además que el hombre no es sólo un animal psicosomático, sino también psiconoético (en De Maistre rastrearíamos ahí la religión) cuyos usos y costumbres tienen también su fontana en este misterioso mundo del espíritu, que al humanizarse colectivamente da lugar a las ideologías (en el sentido noble del término). En una palabra, el ser constitucional o constitutivo de España resulta de la idiosincrasia y la ideología de los españoles; no de la sequía de su clima, sino de la posible sequedad o sobriedad de sus costumbres; no del calor de su clima, sino del ardor de sus pasiones; no, en otro terreno, de la pureza ideal del Evangelio, sino de las desviaciones y corruptelas ideológicas entronizadas a través de muchos siglos de una vida espiritual poco cristiana, etc. En otro orden de cosas, y más cerca ya de la estructura sociopolítica, el SER constitucional de España resulta de las «fuerzas» imperantes y de su relativa «fuerza»: Iglesia, Ejército, Banca, partidos políticos, sindica-

tos, etc. La llamada opinión pública es un fluido demasiado sutil, vagaroso e influenciabile para integrar un elemento poderoso en esa realidad constitutiva. *Y quede bien entendido que todo ese complejo de fuerzas y componentes no son desorden y desacuerdo, anárquico y anómico, sino un ORDEN EFECTIVO, real*, que está ahí, que, como la primavera de Machado, ha venido, aunque «nadie sabe cómo ha sido». Así debe entenderse la Constitución como ORDEN CONCRETO, pues, insistimos una vez más, no se trata de *caos* social, sino de un *cosmos*, aunque no esté ordenado por la Constitución escrita. Es así como *ex facto oritur ius*.

Mas, de otro lado, y ello es obvio, también tenemos una serie de normas escritas, especial y formalmente formuladas como deber ser. Y el gran interrogante que, como terminación de nuestros comentarios queremos abrir, sin que nos atrevamos a cerrar, es éste: el ser constitucional de los españoles es algo preconstitucional (anterior a diciembre de 1978); pero también es —en la medida que sea— algo constitucional, a saber: lo marcado por los propósitos y preceptos del texto de seis de diciembre, que también *ex iure oritur factum*. ¿Cuál será el orden político-social español concretamente y en definitiva? ¿El trazado por la realidad sociológica de lo que son los españoles? ¿El que se les recomienda e impone en la Constitución de 1978? ¿Una mezcla de ambos? Preferible será que resulte esta tercera posibilidad. Hasta ahora la constitución real española ha sido muy poco proclive a la convivencia pacífica, civilizada y educada, inclinándonos *in extremis* ya a un orden a lo Jomeini, ya a un orden a lo Largo Caballero. La constitución legal, como decisión, muestra un relativo paraíso de convivencia aceptable por tirios y troyanos, no muy extremistas, en que sea posible vivir dentro de la virtud política de la democracia. Aunque por idiosincrasia natural, visceral (como se dice ahora) ya no somos demócratas (lo fuimos hasta 1936) y hablo por mí mismo); y aunque tampoco ideológicamente nos ha cautivado esa forma de Estado (que forma de Estado es, y no mera forma de Gobierno), deseamos que el texto aprobado por la mayoría convencional y limitada de seis de diciembre de 1978 llegue a ser un orden concreto, a la vez efectivo y normativo, sin que tengan que repetirse ni el octubre de 1934 ni el julio de 1936. Nadie debe renunciar a sus convicciones íntimas y sentidas; pero todos deben resignarse a sacrificar sus inte-

reses (económicos y de otra especie) para llegar a un benéfico consenso: QUE TODOS ESTEMOS DE ACUERDO EN QUE LOS CAMBIOS POLITICOS Y LEGISLATIVOS SE EFECTUEN EN FORMA PACIFICA Y REGULADA Y NO A MERCED AL RECURSO A LOS MOVIMIENTOS DE MASAS O A LOS PODERES DE HECHO. Que al amparo de esas hipótesis y posibilidades no haya algunos que medren y engañen mintiendo democracia. Que por ello se me llame *pasota*, lo acepto. Porque por eso, sólo por eso, di mi voto afirmativo (pasé) en el referéndum de seis de diciembre de mil novecientos setenta y ocho y, con ello apoyé «soberanamente» la Constitución... cuya vida guarde Dios muchos años.