

PRÓLOGO

Es inevitable sentir cierta incomodidad al hacer una publicación —como ésta— cuando no se está seguro de que haya razones que la justifiquen. Cabe la sospecha de que algún incontrolado residuo académico-narcisista haya podido ser determinante. Aunque lo cierto es que su relectura ha supuesto más un duro ejercicio de autocrítica y humildad que de auto-complacencia.

Sin ánimo exculpatorio, sino explicativo, debo decir que la iniciativa tuvo la calidez de proceder de un excelente alumno de doctorado, becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Miguel Carbonell), iniciativa que el director de ese mismo Instituto, doctor don José Luis Soberanes, convirtió en amable y formal propuesta. Fue exclusivamente el carácter de esta sugerencia el que, sin otros argumentos, me movió a aceptarla, si bien, en el último momento aparecieron dudas y reparos.

Los trabajos que aquí se presentan reunidos son, ciertamente, independientes, tanto por las cuestiones que tratan como por las circunstancias a las que se debieron, el tiempo en que fueron hechas —que abarca un periodo de veinte años—¹ o el lugar en que fueron publicadas, en buena parte marginales y de escasa difusión.

No cabe, por consiguiente, una reconducción temática que siempre sería artificiosa. Sin embargo, no hay artificio en afirmar que hay en todos ellos algo en común que los unifica profundamente: la unidad metodológica que, precisamente, se pone mejor de manifiesto ante la variedad temática. Efectivamente, la metodología vinculada al concepto de modo de producción (en el sentido en el que se expone en el capítulo primero del volumen I de la *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*) se encuentra utilizada sistemáticamente en todos los trabajos que aquí se presentan. De ahí que ciertos elementos explicativos se encuentren en trabajos distintos, bien porque sea necesario referirse a

1 Se excluyen, junto a otros posteriores, los publicados bajo el franquismo.

la misma fase del modo de producción, bien porque tengan un tronco temático común. Lo que quiere decir que se ha mantenido desde el principio hasta el final del ciclo temporal antes señalado.

El que se trate de “caso único” en el panorama doctrinal español, si bien subjetiva o individualmente, no tiene por qué implicar valoración alguna, como dato de la realidad sí puede significar algo respecto del desarrollo teórico desde el fin de la dictadura franquista, que es, justamente, el espacio temporal que se comprende. De ahí que no pueda considerarse como un elemento más o menos modesto pero integrante de la transición o de la elaboración teórica de la democracia española, sino de su oponente, más o menos modesto, pero radical, de manera que niega rotundamente todo tipo de complicidades.

De ahí que pueda justificarse el título, pues, efectivamente, los escritos que siguen puede decirse que, de forma global, se sitúan fuera y contra el “consenso teórico” dominante tanto en la fase de construcción como de desarrollo del Estado constitucional español. Si básicamente ese “consenso teórico” se ha basado en ingredientes del “pensamiento posmoderno”, el que aquí se sustenta se sitúa en su antítesis, en cuanto, en primer término, se propone una crítica al pretendido carácter inexorable de una realidad respecto de la que no cabría la negación; en segundo lugar, los análisis que se incluyen se hacen siempre desde la globalidad, lo que implica el supuesto epistemológico de la prevalencia del todo en el entendimiento de la parte; y, finalmente, se realiza un intento no neutral de comprensión-transformación como una especificidad que puede implicar un determinado enfoque del derecho constitucional.

Este enfoque exige, por una parte, frente a la desvalorización del Estado como ideología de una determinada práctica política y teórica (tanto la neoliberal como la reformista, integrantes fundamentales de aquel “consenso teórico”), su consideración necesariamente central en la concepción del derecho constitucional y, por otra, la afirmación de que la historicidad está en la base del proceso de formación de la “lógica productiva” de ese derecho.

De acuerdo con ello, se exponen una serie de aspectos críticos sobre el Estado contemplados en su dinámica histórica. (Los que se incluyen bajo el epígrafe “Legitimación e institucionalización en el Estado capitalista”). Así, se pone de manifiesto cómo tras las doctrinas de la soberanía está la exigencia de afirmar la supremacía del Estado como instru-

mento necesario para la dominación y la construcción unitaria del mismo, como requisito para la reconstrucción también unitaria y no contradictoria de los elementos e intereses dominantes; de ahí que siempre se mantenga una cierta tensión con la teoría de la división del poder en la que, a su vez, se pone el acento no en su neutralidad técnica sino en la beligerancia política que supone el haberse configurado alternativamente cada poder como centro de localización de la clase dominante, lo que explicará tanto la desigualdad como el predominio de uno u otro según la fase histórica del capitalismo. Precisamente la forma de gobierno republicano en cuanto forma política más adecuada a la fase y dinámica histórica del capitalismo liberal, tanto institucional como ideológica y culturalmente, mostrará la centralidad del Parlamento en cuanto al lugar desde que se dirige la dominación de clase, lo que da lugar a su implicación directa en el conflicto al que contribuye a dinamizar (a diferencia de la monarquía, potenciadora de la unidad de poder del Estado y de su apariencia de neutralidad al situarse al margen del conflicto y no surgir del proceso político); esa centralidad del Parlamento y su consiguiente lugar jerárquico se legitiman mediante la teoría de la representación, con la paradoja de que, surgida para eludir la democracia, se convierte en su máxima expresión. Pese a todo, la representación y el Parlamento mostrarán pronto la complejidad que implica la vehiculación del conflicto (hasta el punto de que en sociedades menos dinámicas y aptas para la forma monárquica se sustituye por la teoría del órgano) pues cabe su utilización para legitimar mecanismos de transformación social. Algo semejante ocurrirá cuando el constitucionalismo sancione y formalice el nuevo modo de producción arbitrando todo un sistema de seguridad jurídico-político (en el que se integra la reforma constitucional, que apareciendo como constitucionalización del cambio, funciona como válvula de seguridad, es decir, como mecanismo estrictamente conservador), y que, sin embargo, alberga importantes elementos capaces de vincularse a procesos de cambio.

Desde los mismos planteamientos se aborda el estudio del Estado constitucional en una fase histórica concreta, como es la del capitalismo monopolista. Y, en cuanto desde los supuestos de que se parte el Estado correspondiente es el Estado social, se trata de aspectos referidos a lo que se considera como “el constitucionalismo del Estado social”.

Se entiende, pues, el Estado social como resultado de las exigencias y posibilidades del capitalismo desarrollado (de ahí la inexistencia, en este sentido, del Estado social en la periferia capitalista aunque el modelo de dominación periférico termine extendiéndose a países del “centro”, según se muestra en el trabajo que, por esta razón, se ha estimado conveniente incluir) en su fase de crecimiento, de manera que cuando se agota, desde la crisis económica de los años setenta, se plantea también la crisis del Estado social. Lo que aquí se sostiene es que esta crisis no se reduce a los aspectos económicos o socioeconómicos, sino que, dada la interrelación existente entre Estado social, Estado democrático y Estado de derecho, el Estado social tiene una función y un carácter prevalente respecto de los otros dos, por lo que su crisis implica también la crisis del Estado democrático y del Estado de derecho. Ahora bien, como el constitucionalismo actual recoge los supuestos del Estado social (integrando, a diferencia del constitucionalismo liberal, el trabajo, es decir, la contradicción) se plantea al constitucionalista una opción radical: o defender un derecho constitucional beligerante tratando de denunciar, por una parte, las deformaciones del Estado de derecho y convertir, por otra, en normativos aquellos supuestos o hacer un derecho constitucional funcional a las nuevas circunstancias justificando las deformaciones como desarrollos del Estado de derecho.

La opción que aquí se toma es, sin duda, la primera. De ahí que se intenten vías para la realización de los valores reconocidos en el constitucionalismo del Estado social. Para ello se revisa, de un lado, la compleja cuestión de las fuentes del derecho, superando habituales planteamientos formales y buscando fundamentos materiales en el modo de producción del derecho y, en concreto, en la categoría de la validez; y, de otro, se abordan algunos de los problemas que hacen referencia a lo que generalmente se conoce como “crisis de la ley” y, especialmente, el hecho de que las mayores posibilidades que el constitucionalismo actual permite para la intervención estatal a través de la ley con vistas a la consecución de objetivos del Estado social, se utilicen precisamente en sentido contrario, para la defensa de los intereses privados específicos, lo que ha dado lugar a procesos de “alienación constitucional” o “constitución alienada”. Y, por último, junto a estos aspectos concretos, se ofrece una visión más general en la que se contraponen las tesis que componen lo que se viene llamando “consenso teórico” a las actitudes críticas en las

PRÓLOGO

11

que se incluye mi posición sobre el actual momento de Estado social, su consideración como el principal factor de transformación del derecho tanto cuantitativa (la juridización de la sociedad: el *flood of norms*) como cualitativa (la “socialización del derecho”) como teóricamente (desencadenante de las nuevas teorías sobre el derecho: instrumental o procedimental, reflexivo, etcétera) y la revalorización que el derecho alcanza hoy con vistas a la legitimización de procesos de transformación social.

Finalmente, el apéndice con el que se cierra el libro se justifica porque lo forman dos trabajos de naturaleza bien distinta: son intervenciones en una discusión académico-disciplinaria a través de una aplicación de la metodología que se sigue (en este sentido se mantiene la unidad), en un caso desde las perspectivas de las “determinaciones externas” al objeto que se analiza y en otro desde las “determinaciones internas” que configuran la concepción constitucional que se defiende.

De todo lo cual, del número, temas y tiempo que comprende la muestra se desprende un carácter de itinerario, casi de balance y aun de fin de ciclo, recorrido en muy grata aunque bien escasa compañía.