

CAPÍTULO IV

<i>El discurso constitucional.</i>	95
1. Planteamiento del problema	95
2. Una <i>summa divisio</i> : la distinción entre derecho público y privado	97
3. ¿Qué es una constitución?	100
4. Constitución formal y constitución material.	104
5. Las grandes clasificaciones de los constitucionalistas	107
6. Derecho civil y derecho constitucional	112
7. Problemática de la determinación y de la eficacia social.	114
8. La dimensión ideológica de las constituciones.	117

CAPÍTULO IV

EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

1. Planteamiento del problema

El ámbito del orden jurídico positivo no se presenta como una totalidad homogénea y plana, sino como un sistema diversificado, jerarquizado y frecuentemente dicotomizable, cuyo vértice está ocupado por el derecho constitucional. De aquí la distinción de ramas, la postulación de jerarquías normativas y la construcción de dicotomías tales como la de derecho público y privado, legalidad constitucional e infraconstitucional.

El análisis del derecho constitucional se presenta, por lo tanto, como una de las condiciones claves para la comprensión de cualquier sistema jurídico positivo.

Pero este análisis está erizado de dificultades porque, si bien es cierto que el derecho constitucional existe como disciplina universitaria, no es fácil construirlo como *objeto teórico*. Esta dificultad proviene principalmente, como advierte con acierto Ph. Dujardin,¹ de la dualidad característica de este objeto, que por una parte parece remitir al Estado como presupuesto y fundamento, y por otra parte parece presentarse a sí mismo como condición constitutiva del Estado. En otras palabras, el derecho constitucional se presenta a la vez como discurso y práctica jurídica del Estado, y como discurso y práctica jurídica constitutivos del Estado.²

Carré de Malberg registra involuntariamente esta dualidad cuando afirma por un lado que “toda teoría del derecho público compromete y presupone la noción de Estado”,³ y por otro que “la existencia de una constitución constituye la condición absoluta y la base misma del Estado”.⁴

El formalismo jurídico resuelve esta dualidad contradictoria absorbiendo pura y simplemente al Estado en el polo normativo. Para Kelsen, por ejemplo, el Estado no es más que la personificación del orden jurídico. “El derecho —dice— puede ser descrito sin ninguna referencia al Estado, porque el Estado es un orden jurídico centralizado.”⁵ Y lo que llamamos

¹ Dujardin, Philippe, 1946, *Le droit, mise en scène*, Paris, Presses Universitaires de Grenoble, 1979, pp. 33 y ss.

² Cabe señalar todavía otra dualidad contradictoria: el derecho constitucional se presenta a la vez como una de las “ramas” del derecho y como “fundamento” del derecho.

³ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Edit. Sirey, 1922, t. 1, p. 1.

⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Casa Edit. Bosch, 1934, pp. 162 y ss., *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1979, pp. 289 y ss.

“constitución”, es decir, la organización de la autoridad y la dominación como organización jurídica, sólo sería una parte “de esa organización universal que es el orden jurídico”.⁶ Se volatiliza, por lo tanto, la realidad histórico-social del Estado como realidad extrajurídica.

Esta concepción idealista-normativista del Estado comporta todos los vicios y aporías del formalismo positivista que concibe el derecho como un sistema autosuficiente que se explica por sí mismo, y termina encerrándose dentro de un escandaloso círculo tautológico: el derecho, en su especie constitucional, es el fundamento del derecho.⁷

Otra manera de resolver la dualidad aparentemente contradictoria del derecho constitucional es la de cierto marxismo reduccionista que absorbe el derecho en el polo político, interpretándolo como una pura máscara de la dominación y de la violencia de clase que definirían esencialmente al Estado.

Al Estado abismado en el derecho se opondrá el Estado abismado en la organización de la opresión. Esta evaluación, por más justa que sea en comparación con la precedente, comporta riesgos: riesgos de ceguera y de impotencia políticas a los que no escaparon los anarquistas y anarcosindicalistas que rehusaban tomar en cuenta la necesidad transitoria del Estado y su consistencia jurídica propia; riesgos de subestimación de lo jurídico sobrepolitizado en aquellos que, inspirándose en la reflexión de Marx y de Lenin, definen al Estado justamente como organismo de dominación de clase, pero sólo infieren de allí la necesidad de quebrar esta máquina del Estado.⁸

La perspectiva que aquí adoptamos pretende asumir plenamente la dualidad Estado-derecho constitucional, sin diluir ninguno de sus términos. Para lo cual proponemos mantener simultáneamente estas tres proposiciones:

- 1) El Estado es irreductible al derecho, en el sentido de que, si bien no es extraño al derecho, no se agota en el derecho.
- 2) El Estado o, más precisamente, el poder de Estado constituye a la vez el objeto y el necesario presupuesto del derecho constitucional.
- 3) El derecho constitucional tiene una consistencia normativa específica como modalidad codificada del ejercicio del poder estatal (al lado de otras modalidades no codificadas).⁹

⁶ Kelsen, H., *Teoría comunista...*, ed cit., p. 204.

⁷ Dujardin, *op. cit.*, p. 36.

⁸ *Ibid.*, pp. 35-36.

⁹ Poulantzas sale al paso de toda concepción jurídico-legalista —y también psicoanalítica— del Estado, estableciendo la tesis de que “la acción, el papel y el lugar del Estado desbordan de muy lejos la ley o la reglamentación jurídica. Y esto por tres razones:

- 1) La acción del Estado y su funcionamiento concreto están muy lejos de asumir siempre la forma de la ley: “existe un conjunto de prácticas y de técnicas estables que escapan a la sistematización y al orden jurídicos”;
- 2) El Estado actúa frecuentemente trasgrediendo su propia regla: “todo sistema jurídico autoriza, en su propia discursividad, el no respeto de su propia regla por parte del Esta-

La articulación teórica de estas tres proposiciones implica la construcción de lo *político-jurídico* como concepto enmarcador del derecho constitucional que permite aprehenderlo por excentración, desde el territorio de lo político. El derecho constitucional, por lo tanto, no puede pretender un estatuto de disciplina autónoma, distinta, por ejemplo, de la sociología y de la ciencia política, que son las únicas capaces de definir y situar su objeto.¹⁰

Este modo de plantear las cosas sugiere y aconseja el retorno al viejo concepto de “derecho político”, que otrora recubría y desbordaba el ámbito de lo que hoy llamamos derecho constitucional.¹¹

2. Una summa divisio: la distinción entre derecho público y privado

El derecho constitucional supone, como queda dicho, una teoría del Estado. En las constituciones liberales el concepto de Estado se contrapone invariablemente al de sociedad civil y esta contraposición se expresa jurídicamente en la gran dicotomía entre derecho público y derecho privado.

Esta dicotomía expresaba inicialmente la antítesis política entre la sociedad civil burguesa y el Estado absolutista todavía dominado por la aristocracia señorial.

Se trataba de una antítesis no sólo frente al Estado-aparato, sino también frente al Estado-ordenamiento: en la sistematización de Domat, la sociedad civil poseía fuentes autónomas de derecho —que eran, por eso mismo, fuentes del “derecho privado”— separadas de las fuentes del derecho estatal que se consideraban, por eso mismo, como fuentes del “derecho público”.¹²

Después de la Revolución Francesa, la dicotomía público-privado ya no pudo ser expresión de una antítesis política entre la burguesía y el Estado —la burguesía ya no tenía motivos para desconfiar del Estado—, sino, en todo caso, de una antítesis económica que reflejaba

la desconfianza de una clase que deriva su prosperidad de la posesión y de la explotación de los recursos, y que prospera tanto más, cuanto

do-poder, y este no respeto se presenta como variable de la regla de juego que organiza el Estado”;

3) “La acción del Estado desborda siempre la ley, porque el Estado puede, dentro de ciertos límites, modificar su propia ley”. *L'Etat, le pouvoir, le socialisme, op. cit.*, pp. 92-94.

¹⁰ Dujardin, *op. cit.*, p. 247.

¹¹ “Los términos de ‘derecho constitucional’ son muy restrictivos en la medida en que evocan una disciplina ligada a la aplicación de un texto —la constitución— a la manera del derecho civil o del derecho penal. Debe deplorarse, a este respecto, el abandono de la vieja apelación de ‘derecho político’, que designaba de un modo mucho más explícito la rama del derecho que se relaciona con la reglamentación de la actividad estatal”. Merle, Marcel, “Sociologie politique et droit constitutionnel”, *Archives de philosophie du droit*, t. xiv, 1969, p. 227.

¹² Galgano, Francesco, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978, p. 41.

más extensos son los recursos que puede poseer y explotar. De donde la tendencia a obstaculizar la propiedad pública y, en general, la utilización pública de los recursos.¹³

Se mantiene, por lo tanto, la antítesis frente al Estado-aparato en el ámbito económico, pero no frente al Estado-ordenamiento. Ahora también el derecho privado es un derecho estatal y su distinción con respecto al derecho público se plantea en el interior del Estado-ordenamiento, dentro de un *continuum* normativo en el que la naturaleza pública o privada de las normas se resuelve en función de criterios especulativos formales (naturaleza de los sujetos jurídicos, naturaleza de los intereses en juego, oposición consenso-autoridad, etcétera). Surge de este modo el “Estado de derecho”, cuya actividad pública se considera limitada por los intereses privados que se expresan en términos de “derechos naturales” preexistentes al Estado.

La proclamación de la Declaración del 89, según la cual la propiedad es un derecho natural sagrado e inviolable del hombre, decreta la supresión de todo derecho del Estado sobre la tierra y sus recursos: el *dominium eminens*, que había sido prerrogativa del soberano absoluto (con facultad de apropiarse en cualquier momento de los bienes de sus súbditos) deja de ser un atributo del Estado burgués. Por derecho de naturaleza, la tierra y sus recursos deben pertenecer a los “burgueses”: el principio —consagrado en el artículo 17 de la Declaración (y posteriormente refundido en el artículo 545 del *Código de Napoleón*)— que rige ahora es el de que ningún propietario puede ser despojado autoritativamente de sus bienes, sino “cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente”, y previa “indemnización justa” (en lugar de la “graciosa indemnidad” del monarca absoluto).¹⁴

La dicotomía entre derecho público y privado en la fase competitiva del desarrollo capitalista es paralela a la separación liberal entre Estado y sociedad civil, cuya condición de posibilidad radica, según el análisis marxista, en la relativa autonomía de los procesos de reproducción económica con respecto a los procesos superestructurales de carácter ideológico y político, contrariamente a lo que ocurriera en la sociedad feudal.¹⁵

Pero el primitivo diseño burgués de un Estado “mínimo”, sólo dedicado a conservar el orden público y a asegurar el libre juego de los intereses económicos privados, se reveló muy pronto como una ilusión.

La tendencia a la contención de las funciones y de los aparatos públicos fue rápidamente contrarrestada y, finalmente, arrasada por una tendencia contraria, nacida también en el seno de la burguesía y orientada al acre-

¹³ *Ibid.*, p. 18.

¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹⁵ Consúltese a este respecto Poulantzas, N., *Pouvoir politique et classes sociales*, París, Maspéro, 1970, p. 136.

centamiento de las funciones del Estado y a la expansión de los aparatos estatales.¹⁶

En la fase monopólica del desarrollo capitalista, el Estado participa en el proceso de acumulación interviniendo directamente en la producción. Se constituye entonces un régimen de “economía mixta” que pone en crisis los criterios tradicionales de distinción entre lo público y lo privado. En efecto,

a la naturaleza pública del sujeto agente ya no corresponde, cuando actúa como sujeto económico, la aplicación del derecho público, sino la aplicación del derecho privado, y le corresponde esta aplicación del derecho privado aun cuando actúe en vista de la realización de un “interés general”.¹⁷

De aquí el intento actual de la doctrina jurídica por superar los criterios tradicionales de distinción entre lo público y lo privado.

A los criterios tradicionales de distinción se tiende a sustituir un criterio diverso y unitario, basado en la naturaleza diversa de las “materias” que han de regularse: es derecho privado todo lo atinente a las relaciones económicas, sin que importe la naturaleza particular o general de los intereses implicados en dichas relaciones, ni la naturaleza privada o pública del sujeto agente. Se trata de un criterio que conduce a la superación del concepto mismo de derecho privado y a su conversión en el concepto de derecho común en cuanto “derecho común a operadores públicos o privados”.¹⁸

Kelsen, mucho más consecuente que otros, llega a negar lisa y llanamente toda distinción entre derecho público y privado.

No hay relación jurídica —dice— en la cual no sea parte —directa o indirectamente— el Estado, de modo que todo el derecho es por su propia naturaleza derecho público, y el llamado derecho privado es sólo una parte de aquél, si es que se quiere mantener la distinción entre derecho público y derecho privado...¹⁹

La intervención creciente del Estado en la “esfera privada” ha sido interpretada por muchos como una tendencia a la “publicización del derecho privado” y, por lo tanto, como un síntoma de la declinación de los valores de civilización jurídica resumidos en el concepto de “Estado de derecho”. Pero otros observan, con razón, que debería hablarse más bien, al menos

¹⁶ Galgano, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ *Ibid.*, p. 43

¹⁸ *Ibid.*, p. 43.

¹⁹ Kelsen, *Teoría comunista...*, *op. cit.*, p. 139. Y también su *Teoría pura del derecho*, *ed. cit.*, pp. 286-289.

por lo que respecta a la actividad económica del Estado, de un proceso de “privatización” del derecho público.²⁰ No hay que olvidar que:

La construcción del Estado de derecho y el proceso de privatización del poder público constituyen, históricamente hablando, fenómenos paralelos que se desarrollan en ámbitos separados; no se detiene la primera cuando se desarrolla el segundo, sino que, por el contrario, prosigue a todo ritmo contemporáneamente a la intensificación de este último.²¹

3. ¿Qué es una constitución?

El derecho constitucional suele presentarse como el núcleo fundamental del derecho público y su significado va a variar en función de los diferentes modos de concebir la relación entre lo público y lo privado.

Pero, ¿qué es una constitución?

Para facilitar una aproximación fenomenológica a este problema quizás sea útil remontarse a los orígenes del constitucionalismo clásico y contraponerlo, por ejemplo, al constitucionalismo medioeval.

Toda constitución tiene que ver, en primera instancia, con la estructura fundamental del Estado y la organización funcional de su poder. En este sentido todo Estado no sólo tiene una constitución, sino que *es* constitución.²²

En un sentido más específico, la constitución remite a ciertas reglas que se refieren a esa estructura y a esa organización. En su acepción medioeval, por ejemplo, se llama “constitución” el pacto entre vasallo y soberano que tiene por objeto limitar la arbitrariedad de éste y garantizar los derechos adquiridos de aquél.²³ En esta forma de constitución el poder político, aunque limitado en principio por derechos asumidos como preexistentes y originarios, no está organizado jurídicamente en función exclusiva de la tutela o garantía de tales derechos. Además, estos son siempre derechos corporativos (de estamentos, ciudades, iglesias, corporaciones de artes y oficios, etcétera), y no individuales. Por último, no se establecen diferentes niveles orgánicamente relacionados de legalidad. A lo sumo existen diferentes esferas de legalidad (derecho común, derechos particulares o especiales, etcétera), pero separadas y conflictivas entre sí.²⁴

En contraposición con todo esto, el constitucionalismo clásico se caracteriza por la *juridificación* de las relaciones políticas de dominación en un contexto ideológico antiaristocrático (igualitarismo jurídico y político) y

²⁰ “La modificación de la frontera entre lo público y lo privado constituye ciertamente una de las cuestiones más debatidas... desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Asistimos hoy a dos desplazamientos de la frontera: el primero, en sentido favorable a la publicización del derecho, es el movimiento más aparente; el segundo, en el sentido de su privatización, es el movimiento real”. Miaille, M., *Une introduction critique au droit*, ed. cit., p. 177.

²¹ Galgano, *op. cit.*, p. 45.

²² Cf. Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975 vol. II, p. 30.

²³ Petta, Paolo, *Ideologie costituzionali della sinistra italiana (1892-1974)*, Roma, Savelli, 1975, p. 104.

²⁴ Torello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, Vol. I, 1976, pp. 561-562.

anticorporativo (individualismo y humanismo jurídicos). “El derecho constitucional representa, en general, el tentativo de dar veste jurídica, racional y dogmática a ciertos principios políticos y a ciertas relaciones sociales nacidos y desarrollados a través de las luchas de clase” —dice Lelio Basso.²⁵

Para aprehender metódicamente la novedad del constitucionalismo clásico (y moderno), quizás resulte útil distinguir, con G. Tarello, entre *constitucionalización y codificación constitucional*.²⁶

Entendemos por constitucionalización el proceso histórico-cultural por el cual la relación, entre el detentor o los detentores del poder político y los que se hallan sujetos a dicho poder llegó a configurarse como una *relación jurídica*. Entendemos, a su vez, por relación jurídica una relación definida y regulada por normas jurídicas cognoscibles (no secretas). Estas normas pueden ser consuetudinarias y no escritas o, por el contrario, establecidas mediante actos voluntarios y fijadas en un documento escrito.

El proceso de constitucionalización es un fenómeno relativamente moderno y se originó a fines del siglo XVIII en los Estados Unidos, en Inglaterra y en Francia. En el siglo XIX este proceso se generalizó en Europa continental y en otras áreas, como la América Latina, relacionadas con la cultura europea. En nuestro siglo, el proceso de constitucionalización se ha generalizado en todo el mundo, aunque en sentido muy diferente del que tuvo a fines del siglo XVIII.²⁷

Entendemos por codificación constitucional el proceso por el cual la constitucionalización se lleva a cabo mediante la producción de un documento jurídico sistemático, llamado habitualmente *Constitución, Declaración o Carta*.²⁸

En su forma tradicional —dependiente en gran medida de la experiencia constitucional norteamericana—, estos documentos constan de dos series de enunciados normativos: una que adscribe posiciones subjetivas designando sus correspondientes sujetos (individuales), y otra que comprende reglas de organización que instituyen los órganos del Estado y determinan sus respectivas competencias y esferas de acción.

La primera serie de enunciados normativos se llamaba *Carta de derechos*, sea porque originariamente las posiciones subjetivas adscritas en las constituciones se formulaban en términos de “derechos” (*rights*, en inglés), sea porque se trataba de posiciones subjetivas ventajosas —es decir, técnicamente “derechos” y “libertades”, y no “deberes”, “responsabilidades” o “sujeciones”—, sea, finalmente, porque también algunas posiciones no ventajosas —técnicamente “deberes” y “obligaciones”— se concebían

²⁵ Basso, Lelio, *Il principe senza scettro*, Milano, Feltrinelli, 1958, p. 12.

²⁶ Tarello, G., *op. cit.*, pp. 22 y ss.

²⁷ “Al iniciarse el último cuarto del siglo XX el mundo se halla dividido en más de ciento cincuenta estados soberanos que poseen una constitución. Y ello con indiferencia de que tales estados sean capitalistas o socialistas, industrializados o subdesarrollados, democráticos o autoritarios”. Esteban, Jorge de, *Constituciones españolas y extranjeras*, Madrid, Taurus, 1977, p. 19.

²⁸ Tarello, G., *op. cit.*, p. 24.

como derechos de participación (por ejemplo, el deber militar concebido como derecho de participación en la defensa).²⁹

La segunda serie de enunciados normativos se llamaba *Forma de gobierno* (*Form of Government o Frame of Government*), y se la concebía como instrumentalmente subordinada a la primera en virtud del principio (ideológico) que definía los derechos garantizados por la Carta como derechos naturales del individuo, y afirmaba que el Estado o el gobierno se instituyen esencialmente en vista de la protección y garantía de los derechos individuales (garantismo).³⁰

Por otra parte,

como los derechos individuales se hallaban formulados en términos apodícticos y de modo suficientemente preciso como para permitir —en el contexto cultural en el que fueron formuladas las primeras Cartas— un notable grado de certeza en la atribución de significados a las fórmulas verbales de sus enunciados, estas Cartas eran altamente “justiciables”, es decir, las posiciones subjetivas que aseguraban podían hacerse valer en juicio, en virtud de que podían ser determinados tanto sus titulares como su contenido. La “rigidez” de las primeras constituciones modernas, en los sistemas de constitución rígida, se refería, por lo tanto —esencialmente—, al conjunto de enunciados normativos llamado Carta de derechos, y el instrumento de tal rigidez radicaba esencialmente en la tutela jurisdiccional de las posiciones subjetivas; el control de constitucionalidad de las leyes consistía en obstruir su aplicación cada vez que una ley (u otro acto normativo) hubiere lesionado —en opinión del juez del caso— una posición jurídica constitucionalmente garantizada.³¹

Nos encontramos, por lo tanto, frente a un modelo que concibe la constitución como esencialmente orientada a garantizar la autodeterminación de la sociedad civil, en estrecha correspondencia con la concepción liberal clásica del derecho público y de la relación Estado-sociedad civil.³² Dentro de este modelo, la rigidez constitucional de la Carta de derechos constituye un límite, pero no un estímulo o un incentivo frente a la legislación que regula la intervención estatal en las relaciones interindividuales y frente a la legislación de organización que confiere poderes a los órganos públicos.³³

En lo que concierne a los documentos formales, el constitucionalismo contemporáneo³⁴ se distingue del clásico, según Tarello, por una serie de complicaciones que afectan:

a) Al número y a las calidades de los intereses constitucionales tutelados;

²⁹ Tarello, G., “Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi”, *Politica del Diritto*, núm. 5, octubre 1977, p. 512.

³⁰ *Ibid.*, pp. 512-513.

³¹ *Ibid.*, p. 513.

³² Rolla, G., “Note per una ‘rilettura’ della Costituzione”, *Politica del Diritto*, núm. 4, agosto 1978, p. 479.

³³ Tarello, G., *art. cit.*, p. 514

³⁴ *Ibid.*, pp. 515 y ss.

b) Al número y a las calidades de los sujetos a quienes se adscriben los intereses constitucionalmente tutelados;

c) Al número y a las calidades de las posiciones subjetivas constitucionalmente consideradas;

d) A las relaciones entre los enunciados que establecen posiciones subjetivas y los enunciados que instituyen órganos;

e) A la presencia de enunciados que establecen fines y señalan directivas generales para la comunidad política.

En efecto,

puede observarse que: a) los intereses constitucionalmente tutelados ya no son únicamente los individuales, sino también los que se asumen como generales (salud, paisaje) o propios de comunidades, corporaciones, entes (iglesias, sindicatos, comunidad de consumidores), etcétera, de modo tal que estos adquieren la naturaleza de intereses constitucionalmente tutelados aún sin mediación de los individuos o confluyendo con los intereses de los individuos; b) se multiplican, en forma correspondiente, los sujetos titulares de intereses (además de los individuos, las iglesias, los sindicatos, las comunidades, así como los órganos, a los que se demanda la tutela de los intereses generales, sean estos agregados o desagregados); c) las posiciones subjetivas ya no son solamente “derechos”, sino también “deberes”, “sujeciones” y —lo que es muy relevante— “funciones” que son disciplinadas frecuentemente no en forma de simple adscripción a sujetos titulares; sino también en forma de sujeción a directivas acerca de determinados fines; d) la institución y estructuración de órganos ya no se presentan como separadas de y subordinadas a la posición de los derechos, sino que incluso se confunden con ésta en cuanto que frecuentemente la institución de los órganos se formula en términos de derechos “de participación” (de individuos, cuerpos y de otros órganos en el ejercicio de las “funciones”); en realidad se constitucionalizan los principios generales de la acción administrativa y de la organización jurisdiccional; e) la formulación de fines y directivas generales de la comunidad (del tipo “promoción de la igualdad de hecho”, “tutela del ahorro”) puede entenderse como proyecto presentado a los consocios, en general, o como precepto dirigido a los órganos encargados de la actuación de la constitución, o como “principios generales” de interpretación del derecho constitucional, etcétera.³⁵

Lo que caracteriza esta nueva estructura formal del constitucionalismo contemporáneo es la inversión de la relación tradicional entre los enunciados normativos que corresponden a lo que en las constituciones liberales se llamaba Carta de derechos, y los que corresponden a lo que se llamaba “Forma de gobierno” o “de Estado”. Los primeros ya no se consideran como preeminentes y directamente justiciables frente a los últimos, que no serían justiciables y desempeñarían un papel meramente ancilar o instrumental. Por

³⁵ *Ibid.*, pp. 515-516.

el contrario, estos últimos son considerados ahora como preeminentes, mientras que los primeros se consideran frecuentemente como subordinados.

En efecto,

según la visión de los estudiosos del derecho público que se ha hecho típica a raíz de la consideración "jurídica" de la organización del Estado, la marca del derecho no es la justiciabilidad, sino la actuación oficial. Además, de acuerdo a esta visión las posiciones subjetivas tuteladas son "puntos de vista", "ángulos visuales" o "proyecciones" de las normas generales atinentes a la organización y a los fines constitucionales de la acción pública. Esta visión conduce a una "publicización" de los "derechos" subjetivos constitucionales.³⁶

Se trata, en definitiva, de un nuevo modelo de constitución diseñado para permitir la imposición estatal, desde el "exterior", de las reglas de la vida económica y social. Este modelo es congruente con la manera en que se concibe la relación Estado-sociedad civil en la fase monopólica del modo capitalista de producción,

4. Constitución formal y constitución material

La *constitución formal* se identifica substancialmente con la codificación constitucional y remite a los documentos formales que contienen determinadas series de enunciados normativos, como las señaladas más arriba.

Estos enunciados se caracterizan esencialmente por su *interpretabilidad*, es decir, por su relativa indeterminación semántica que reclama obligadamente la mediación de un intérprete auténtico habilitado para atribuirle significados terminales. Sabemos, en efecto, que el margen de indeterminación de los enunciados normativos se amplía a medida que se eleva la jerarquía normativa.³⁷

La interferencia de la interpretación, que según Kelsen no es un acto de conocimiento sino un acto *volitivo* de atribución de significados,³⁸ introduce una serie de complicados problemas que se refieren principalmente a la naturaleza de los enunciados normativos de la constitución formal. En efecto, la norma constitucional puede tener una significación objetiva para el orden jurídico sólo después de su interpretación auténtica por una autoridad de aplicación.

Los juristas y los teóricos ocultan frecuentemente el hecho de que no existen normas preconstituidas a la operación interpretativa; que las normas son el producto (y no el objeto) de las operaciones de los juristas; que en el mundo de la jurisprudencia las normas no son objeto de conocimiento sino resultado de la actividad práctica.³⁹

³⁶ *Ibid.*, pp. 515-516.

³⁷ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, ed. cit., pp. 349 y ss. Tarello, art. cit., pp. 507 y ss.

³⁸ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, ed. cit., pp. 353-355.

³⁹ Guastini, R., "Usi ed abusi di 'norma'", *Politica del Diritto*, núm. 6, diciembre 1977, p. 730.

En otras palabras: “No hay norma fuera de la interpretación; sólo hay un texto en función del cual se fijará la norma a los fines de una aplicación mediante un procedimiento de interpretación que nunca se puede eliminar.”⁴⁰

¿Qué son entonces los enunciados de la constitución formal antecedentemente a la actividad interpretativa?

Son *enunciados que tienen la significación subjetiva de normas*, responde M. Tropper en términos kelsenianos.⁴¹ En otras palabras, son actos por medio de los cuales ciertos individuos manifiestan su voluntad de que otros se conduzcan de cierta manera.

El constituyente no instituye normas en sentido propio, sino que expresa su voluntad de que ciertas autoridades, individuales o colegiales, se organicen de cierto modo, puedan producir tal tipo de actos por separado o conjuntamente, que mantengan entre sí cierto tipo de relaciones...⁴²

Sólo la interpretación auténtica de los enunciados formales de la constitución puede conferir a estos la *significación objetiva de normas*. Pero esta interpretación auténtica, que es un acto de voluntad y no de conocimiento, no tiene por qué remitirse a la intención “verdadera” o a los móviles “reales” del constituyente o del autor primero del texto constitucional.⁴³

El concepto de *constitución material* es en realidad un concepto sociológico-político que ha sido elaborado para dar cuenta de una serie de fenómenos ligados inexorablemente a la vida de toda constitución.⁴⁴ Estos fenómenos son, entre otros, los siguientes:

1) La distancia más o menos considerable que suele mediar entre los enunciados formales de una constitución y su eficacia o aplicación efectiva;

2) Las violaciones más o menos sistemáticas de muchas disposiciones constitucionales sobre todo en épocas de crisis;

3) Las “modificaciones tácitas” del texto constitucional y la existencia de reglas constitucionales “no escritas” compatibles o no con las escritas.⁴⁵

⁴⁰ Ascarelli, Tullio, “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, *Rivista di diritto processuale*, año xii, núm. 3, 1957, p. 10.

⁴¹ Tropper, M., “Théorie de la supralégalité constitutionnelle”, in varios, *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 143.

⁴² *Ibid.*, p. 143.

⁴³ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *ed. cit.*, pp. 352-353.

⁴⁴ En el sentido en que aquí lo empleamos, este concepto se remonta posiblemente a la distinción lassallana entre “factores reales de poder” y “constitución de papel”. El concepto ha sido cuidadosamente elaborado por los constitucionalistas italianos. Véase, por ejemplo, la importante contribución de Mortati, Constantino, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940. La validez del concepto ha sido recientemente cuestionada por algunos juristas de la izquierda italiana, so pretexto de que contribuye a vaciar de contenido la constitución formal, lo que se opone a la política de “actuación de la Constitución” propugnada por algunos partidos de izquierda. Cf. Barcellona, P., *Stato e giuristi*, De Donato, Bari, 1974, p. 10. Nótese que para Kelsen la distinción entre constitución formal y constitución material reviste un sentido diferente. Cf. *Compendio de teoría general del Estado*, *ed. cit.*, p. 192.

⁴⁵ Cf. Levy, Denis, “De l’idée de coutume constitutionnelle à l’esquisse d’une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction”, in varios, *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, *ed. cit.*, pp. 84 y ss.

Bajo estos supuestos, la constitución material constituye una categoría interpretativa que se refiere a la *vida efectiva* de una constitución y a las fuerzas reales que la condicionan y le sirven de apoyo. La constitución material es la *constitución efectiva*, es decir, el conjunto de comportamientos constitucionales que organizan y definen efectivamente un determinado régimen político, independientemente de su mayor o menor grado de conformidad con las disposiciones de la constitución formal, aunque también en estrecha dependencia de ésta.

No puede establecerse entonces una separación abrupta entre constitución material y constitución formal, porque normalmente esta última también contribuye causalmente a la determinación de la primera. Las estrategias constitucionales de los actores políticos suelen incluir también en sus cálculos las posibilidades y los límites que comporta la estructura de una constitución formal. Es cierto que existen o han existido constituciones puramente "literarias" o "semánticas", sin relación alguna con el funcionamiento real de los "factores de poder".⁴⁶ Pero esta situación suele ser propia de épocas de transición o de crisis, sea porque una nueva clase en ascenso aún no ha podido encontrar la expresión constitucional adecuada de las nuevas relaciones de poder, sea porque se ha perdido el equilibrio constitucional precedente y aún no se lo ha podido reconstruir. En épocas normales, sin embargo, las clases dominantes tratan de construir y de perfeccionar indefinidamente una expresión constitucional adecuada a su posición dominante en las relaciones de poder.⁴⁷

La distinción entre constitución formal y material refleja el hecho de que la organización y el régimen efectivos del poder no dependen solamente de factores jurídicos, sino de la *interacción entre factores jurídicos y políticos*. Por otra parte, esta distinción tiene su fundamento en un principio sociológico archiconocido: en toda institución, lo que interesa realmente no son las normas formales que aparentemente orientan las diferentes tareas, sino la *práctica real* de sus operadores o agentes.⁴⁸

Michel Tropper confiere un sentido más preciso al concepto de constitución material. Partiendo de la tesis de que la constitución, por más de que se presente bajo la forma de normas jurídicamente obligatorias, consiste realmente en un sistema de reglas de juego determinadas por el equilibrio inter-institucional en vigencia (el sistema político real), llama constitución material al sistema de relaciones que condicionan efectivamente la acción de los poderes públicos. La constitución formal sería, en cambio, el conjunto de disposiciones que tienen el carácter subjetivo de normas.

Si se retoma la distinción clásica de la constitución en sentido formal y en sentido material —dice—, uno se ve llevado a atribuirle un significado

⁴⁶ La expresión es de Löwenstein, Karl. En este caso, la constitución "no tiene más razón de ser que la de servir de coartada o disfraz para mantener la arbitrariedad y el predominio de un determinado sector que se halla en el poder". Esteban, Jorge de, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁷ Cf. Miaille, Michel, *Constitutions et luttes de classe*, Montpellier, Les Editions du Faubourg, 1978, pp. 3 y ss.

⁴⁸ Tropper, M., "Théorie de la supralégalité constitutionnelle", *loc. cit.*, p. 144.

diferente al tradicional: en sentido formal la constitución es el conjunto de disposiciones que tienen el carácter subjetivo de normas. . . ; en sentido material la constitución es el sistema de relaciones que condicionan efectivamente la acción de los poderes públicos.

De este modo se recuperaría el sentido originario de la constitución como una forma de “organización”, como un “sistema de órganos”.

Según Tropper la teoría constitucionalista actual y, con mayor razón, la ciencia política tienden cada vez más a investigar

no los comportamientos que las diferentes autoridades deberían adoptar para conformarse a las normas constitucionales, sino qué comportamientos podrían adoptar en tal o cual circunstancia y qué reacciones podrían resultar de ello por parte de las demás autoridades. De este modo se elaboran estrategias constitucionales, es decir, se trata de determinar cuál será el funcionamiento ulterior de un régimen en función de modelos contruidos que integran, además de las disposiciones constitucionales, las relaciones entre los partidos políticos. Este procedimiento presupone evidentemente que las disposiciones constitucionales imponen ciertas coacciones y ocupan un lugar dentro de una serie de relaciones causales.⁴⁹

En resumen, la distinción entre constitución material y formal permite dar cuenta de ciertos fenómenos sociológicos y jurídicos relevantes, como la “continuidad” o “discontinuidad” constitucional, las “modificaciones tácitas” y la evolución de la propia constitución formal en virtud de la actividad interpretativa solicitada por las fuerzas políticas reales.

Si “forma” y “contenido”, “derecho” y “política”, esquemas jurídicos y movimientos reales de las fuerzas políticas no pueden ser disociados ni separados; si la Carta constitucional no debe ser una “idea”, no se ve por qué no deba utilizarse una categoría interpretativa que tiene que ver con la vida efectiva de la constitución y con las fuerzas reales que la sostienen.⁵⁰

5. *Las grandes clasificaciones de los constitucionalistas*

La clasificación de las formas de Estado y de gobierno constituye un capítulo obligado del derecho constitucional.

El interés de esta clasificación radica, desde el punto de vista de los constitucionalistas, en prever cierto tipo de funcionamiento de las instituciones políticas de un país a partir del análisis de la estructura jurídico-constitucional del Estado. Si no fuera así, la clasificación tendría un significado puramente taxonómico y formal, y carecería de interés científico.

⁴⁹ *Idem*, “La Constitution et ses représentations sous la Ve. République”, *Pouvoirs*, núm. 4, 1978, p. 71.

⁵⁰ Barbera, A., “Art. 2”, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, vol. I, 1975, p. 87.

Sin embargo, las clasificaciones tradicionales de las formas de Estado y de gobierno adolecen de graves fallas.

Yendo de lo general a lo particular, es preciso reconocer que dichas clasificaciones se basan, por lo común, en criterios ideológicos derivados de la tradición liberal, que al mismo tiempo son criterios groseramente eurocéntricos. De aquí las clasificaciones en términos de "autocracia" y "democracia", "régimenes de autoridad" y "régimenes de libertad", "régimenes cerrados" y "régimenes abiertos", etcétera, que representan subcategorías del pensamiento burgués.⁵¹ De aquí también el poco interés en tipificar los regímenes políticos preburgueses o postburgueses, como si el sistema burgués constituyera la perfección y la plenitud final de la racionalidad política en la historia.

La alternativa consiste en buscar un fundamento diferente de clasificación, un criterio a la vez más objetivo y menos dependiente de las opciones ideológico-políticas. M. Mialle propone, como ya se ha visto,⁵² el criterio de los *modos de producción* considerados en sus diferentes fases de desarrollo y en sus diferentes marcos regionales, en el sentido geográfico de la palabra. Se partiría del supuesto de que lo político varía en cuanto a su contenido y a sus formas jurídicas no sólo en función de los diferentes modos de producción, sino también de sus diferentes fases de desarrollo (v.g., el Estado del capitalismo de competencia y del capitalismo monopolista) y de sus diferentes escenarios regionales (el parlamentarismo de tipo inglés, de tipo francés, de tipo africano, etcétera).

La distinción entre régimen parlamentario y régimen presidencial sólo cobraría sentido como subcategorización de un determinado tipo de Estado, el Estado liberal-burgués, y sería susceptible de ulteriores tipificaciones en función de criterios históricos y geográficos precisos.

Sin embargo, esta clasificación tradicional de los regímenes políticos en parlamentarios y presidenciales confronta dificultades muy específicas que han sido puestas de relieve recientemente.⁵³

El origen de la clasificación se remonta a la teoría de la separación de poderes, atribuida a Montesquieu,⁵⁴ y su fundamento próximo se halla constituido por el tipo de relaciones entre parlamento y gobierno. Bajo este aspecto las instituciones europeas y las americanas se desarrollaron de modo divergente. En Inglaterra pudo observarse el debilitamiento progresivo del poder real en beneficio de las Cámaras, hasta el punto de requerirse su confianza para el funcionamiento del gabinete ministerial convertido en el *interim* en organismo autónomo. En los EE. UU., por el contrario,

⁵¹ Cf., la tipología abstracta elaborada por Kelsen en su *Teoría general del Estado*, ed. cit., pp. 213 y ss.

⁵² Mialle, M., *L'Etat du droit*, Paris, Máspero, 1978, pp. 25 y ss.

⁵³ Cf. a este respecto la importante obra de Richard Moulin, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978.

⁵⁴ Tropper, M., ha demostrado que la separación de poderes es una invención doctrinal atribuida abusivamente a Montesquieu y, además, jamás aplicada. Cf. Tropper, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

los ministros son nombrados libremente por el presidente, y no hay lugar para desglosar una noción como la de “gabinete ministerial” o “responsabilidad política”.

La doctrina ha tratado de sistematizar estas dos tradiciones institucionales convirtiéndolas en polos de una clasificación más general. En ambos casos se daría una separación de poderes. Pero en el primero, esta separación sería elástica o atenuada, y en el segundo, rígida (*checks and balances*).

A partir de estas dos concepciones antinómicas de la separación de poderes la doctrina ha construido la distinción entre régimen parlamentario y régimen presidencial. El primero sería aquél en el que “el gobierno se halla dividido en dos elementos, uno de los cuales —“el gabinete” o gobierno en el sentido más estricto del término—, es responsable políticamente ante el parlamento, pero posee el derecho de disolver a éste”.⁵⁵ El segundo, por el contrario, se definiría por la separación rígida de los poderes y por la preeminencia política del presidente.

El gobierno presidencial es la forma que asume la separación rígida de poderes cuando el ejecutivo adquiere, en la persona de su cabeza, preeminencia sobre los demás órganos en el orden político. Pero esta preeminencia, que depende de las tareas cada vez mayores que debe afrontar el gobierno, no impide la independencia orgánica de los poderes y, en particular, su irrevocabilidad recíproca.⁵⁶

Esta dicotomía ha sido criticada en primer término desde el punto de vista metodológico y formal.

Aunque la oposición “separación rígida”-“separación elástica” puede aceptarse como formalmente válida, el primer polo resulta inadecuado para describir el funcionamiento real del derecho constitucional norteamericano que, sin embargo, se presenta como modelo ideal de régimen presidencial. Numerosos estudiosos y la propia doctrina constitucional norteamericana han señalado que lejos de conformarse al esquema de la separación rígida, las instituciones norteamericanas responden más bien al principio de la cooperación y de la unidad de acción.⁵⁷ A este propósito se ha llegado a hablar incluso de “parlamentarismo de pasillos”.⁵⁸

De este modo

el afán de la doctrina por establecer dos clases contrapuestas ha conducido a distanciarse del derecho positivo. La lógica de la dicotomía ha sido salvaguardada, pero en menoscabo de la exactitud de la descripción... La coherencia de la clasificación requiere, por lo tanto, que se abandone toda referencia a las instituciones norteamericanas como modelo del régimen

⁵⁵ Duverger, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1978, vol. I, p. 172.

⁵⁶ Tay, M., *Le régime présidentiel et la France*, Paris, 1967, pp. 22-23 (citado por Moulin, R., *op. cit.*, p. 16).

⁵⁷ Moulin, R., *op. cit.*, p. 21.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 22.

presidencial. Pero la tendencia a la identificación de ambas nociones es tan fuerte entre los teóricos del derecho constitucional, que estos, en lugar de razonar sobre una categoría abstracta, se remiten la mayor parte de las veces a la observación de la práctica de los EE. UU.⁵⁹

La doctrina supone también que ciertos mecanismos jurídicos desempeñan un papel privilegiado para la orientación del sistema hacia la separación rígida o hacia la colaboración de los poderes. Podrían ser asumidos entonces como criterios fundamentales de la clasificación.

En el sistema parlamentario ese mecanismo clave se identificaría con la responsabilidad ministerial. La lógica más elemental exige, en este caso, definir el régimen presidencial por referencia negativa a ese mecanismo, es decir, por la ausencia de responsabilidad. Pero inesperadamente los constitucionalistas —por lo menos en el área europea— recurren a un criterio diferente: la elección presidencial mediante el sufragio universal. “Lo esencial del régimen presidencial —dice Prélot— reside en la elección popular del jefe de Estado que es al mismo tiempo el jefe del gobierno”.⁶⁰

La consecuencia inmediata de todo esto es la imposibilidad de clasificar según estos criterios ciertas constituciones modernas, como la de Finlandia, Austria y Francia, que establecen simultáneamente la elección del presidente por sufragio universal y la responsabilidad del gobierno ante el Parlamento. Los constitucionalistas se vieron obligados a inventar la categoría de las “constituciones híbridas” o “mixtas”, a la vez “semipresidenciales” y “semi-parlamentarias”, sin percatarse de que la introducción de esta categoría “bastarda” destruye lógicamente el principio dicotómico en que se apoyaba inicialmente la clasificación. Un régimen político no puede constituir un “mixto” de separación rígida y de separación elástica de poderes al mismo tiempo, como no puede constituirse lógicamente una categoría mixta de animales que sean al mismo tiempo vertebrados e invertebrados.

Los constitucionalistas están de tal modo persuadidos de que los mecanismos señalados —la responsabilidad política del gobierno y la elección del presidente por sufragio universal— inducen “lógicas institucionales” diferentes, que hasta pronostican la no viabilidad a mediano o largo plazo de las “constituciones híbridas”, y plantean la urgencia de reformarlas para restablecer la coherencia y la lógica de las instituciones.⁶¹ No son los esquemas de los constitucionalistas los que deben plegarse a la realidad institucional, sino que ésta debe cambiar para acomodarse a los esquemas de los constitucionalistas.

Pero la objeción principal contra la dicotomía que estamos considerando es de orden sociológico y se apoya en la *imposibilidad de un análisis pura-*

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 22-23.

⁶⁰ Prélot, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1971, pp. 87 y ss. (citado por Moulin, R., *op. cit.*, p. 26).

⁶¹ Ver, por ejemplo, Chantebout, Bernard, “Le régime parlementaire moniste, gouvernement d’assemblée”, in varios, *Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le Pouvoir*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, pp. 43-61. Otro ejemplo: Vedel, G., “La logique”, en el diario *Le Monde*, Paris, 6-10-71.

mente jurídico de las disposiciones constitucionales, al margen de las variables políticas. Como ya se ha dicho, la constitución material realmente vigente es el resultado de una interacción entre factores jurídicos y fuerzas políticas, y cualquier intento de clasificación de las estructuras constitucionales no puede menos que tomar en cuenta esta interacción. Una tipología puramente formal de las constituciones no permite prever un determinado modo de funcionamiento de las instituciones, ni siquiera en forma abstracta, y por lo tanto carece de interés científico. Constituye un grave error suponer que las mismas instituciones jurídicas producen efectos idénticos cuando se las introduce en contextos políticos diferentes.

Una constitución formalmente parlamentaria puede funcionar de hecho como un régimen presidencial y, viceversa, una constitución presidencialista puede funcionar de hecho como un régimen parlamentario.

Por lo que toca al primer caso, sabemos que la existencia de un partido único o dominante puede volver inoperantes por mucho tiempo las disposiciones relativas a la responsabilidad del ejecutivo.⁶² En cuanto al segundo caso, la historia constitucional latinoamericana nos proporciona un ejemplo asombroso: la Constitución chilena de 1833, calcada sobre la Constitución americana, funcionó de hecho durante casi un siglo como un sistema parlamentario.⁶³

Ya M. Duverger había señalado la importancia capital del sistema de partidos en la determinación del funcionamiento constitucional.

Quien conoce el derecho constitucional clásico e ignora el papel de los partidos —dice— tiene una visión falsa de los regímenes políticos contemporáneos; quien conoce el papel de los partidos e ignora el derecho constitucional clásico tiene una visión incompleta, pero exacta de los regímenes políticos contemporáneos.⁶⁴

Duverger termina diciendo que la

oposición clásica entre régimen parlamentario, régimen presidencial y régimen de asamblea ya no puede constituir el pivote del derecho constitucional moderno (...). El grado de separación de los poderes depende

⁶² "Algunos autores se interrogan a veces sobre la naturaleza exacta de regímenes que, como el de Gran Bretaña, se consideran tradicionalmente como parlamentarios. Ciertamente, en la medida en que el modelo presidencial supone, además de la irresponsabilidad política del gobierno, la elección presidencial por sufragio universal, las instituciones inglesas no pueden clasificarse dentro de este grupo, a pesar del modo de designación del primer ministro. Pero al menos tampoco deberían ser calificadas como parlamentarias, ya que las técnicas de puesta en práctica de la responsabilidad ministerial no se utilizan allí desde hace mucho tiempo." Moulin, R., *op. cit.*, p. 242.

Burdeau, G., dice en un artículo consagrado a los regímenes políticos en la *Enciclopedia Universalis*: "El término de gobierno parlamentario recubre tan poco una realidad específica que, cuando hoy se lo utiliza, se le añade siempre un calificativo cuyo efecto más claro es el de privar al parlamentarismo de su significación como categoría jurídica abstracta y general" (citado por Chantebout, B., *loc. cit.*, p. 43).

⁶³ Cf. Moulin, R., *op. cit.*, pp. 330 y ss.

⁶⁴ Duverger, M., *Les partis politiques*, Paris, Armand Colin, 1964, p. 382.

mucho más del sistema de partidos que de las disposiciones previstas por las constituciones.⁶⁵

La conclusión general de nuestro análisis es la de que está aún por hacer una clasificación tipológica de los regímenes políticos que tenga en cuenta la inevitable interacción entre factores jurídicos y políticos. Esta clasificación no podría hacerse sin el concurso de las ciencias sociales y políticas.

6. *Derecho civil y derecho constitucional*

Los historiadores del derecho no han dejado de señalar una estrecha relación entre codificación civil y codificación constitucional desde el punto de vista de ciertos contenidos particulares.

Muchos ideólogos liberales han notado que en la Europa continental se estableció una fortísima asociación entre constituciones históricas, por un lado, y un tipo particular de código, por otro, bajo el punto de vista del contenido: esto es, un código civil que tenía por objeto la tutela del propietario, de la libre disponibilidad de la propiedad y de la iniciativa económica privada. Tal observación responde a la verdad; ese tipo de código existió realmente en Europa (y existe todavía con alguna modificación interna y, sobre todo, externa): se trata del Código civil francés de 1804, llamado Código de Napoleón, del que se han inspirado servilmente otros códigos...⁶⁶

G. Solari describe del siguiente modo la conexión entre ambos tipos de códigos:

Las codificaciones corresponden en el campo del derecho privado a lo que fueron las declaraciones de los derechos y las constituciones en el campo del derecho público... Como éstas estaban orientadas a garantizar las libertades políticas de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, aquéllas tenían por mira asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las indebidas ingerencias del poder político.⁶⁷

La crítica marxista ha llevado más adelante este paralelismo, estableciendo una semejanza estructural entre la ideología de las constituciones liberales y la del código civil burgués: así como la constitucionalización significa, en el plano del derecho público, una distribución de igualdad política formal (que encubre una desigualdad real), la codificación civil significa, en el plano del derecho privado, una distribución de igualdad civil y económica formal (que también encubre una desigualdad real).

Recientes investigaciones históricas han podido demostrar no sólo la nece-

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 431-432.

⁶⁶ Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, ed. cit., p. 21.

⁶⁷ Citado por Tarello, *Ibid.*, p. 25.

saría conexión entre el sistema constitucional y el sistema del derecho civil burgués, sino el primado real y el papel determinante de este último con respecto al primero.

El sistema constitucional, en cualquiera de sus formas y variedades históricas, ha tenido que subordinarse siempre funcional e instrumentalmente a las exigencias de garantía y tutela de la propiedad privada y de sus atributos. Cuando ha existido el peligro de una ruptura entre ambos sistemas, las clases dominantes han reaccionado siempre, incluso de modo violento, para restablecer la armonía perdida y reafirmar el primado real del derecho civil. Las constituciones pasan y se modifican incesantemente, pero el núcleo del derecho civil permanece. El derecho constitucional aparece como la “superestructura móvil” de un “fundamento difícilmente mudable”: el derecho civil.⁶⁸

La historia de la Constitución de Weimar, analizada por J. Perels, ilustra admirablemente esta tesis:

En el liberalismo clásico, el orden del derecho privado estaba garantizado por el Estado de derecho burgués; la estructura constitucional estaba inmediatamente anclada en el sistema del derecho privado. Después de la Revolución política de 1918/19 en Alemania, esta conexión inmediata —que se realizaba mediante la garantía constitucional de las reglas fundamentales del derecho privado y también mediante la instalación de la democracia política que cristalizó en el parlamentarismo y en el sistema constitucional— quedó virtualmente quebrada. La estructura constitucional ofrecía a las clases subalternas excluidas de los privilegios jusprivatistas de la propiedad la posibilidad de alcanzar posiciones socialmente defensivas y políticamente ofensivas contra el sistema del derecho privado.

Sin embargo, las puertas que la estructura constitucional había abierto a las clases subalternas fueron cerrándose una por una. Este proceso constituyó la forma jurídica de la génesis del fascismo...

Las exigencias de funcionalización de la estructura constitucional por parte del sistema del derecho privado se agudizaron con la crisis económica: se reorganizó la estructura del poder estatal en su totalidad en defensa del sistema del derecho privado y contra los intereses de las clases subalternas. El sistema parlamentario fue liquidado y se quebró el sistema de derechos fundamentales que permitían a las clases subalternas adoptar posiciones de lucha.

La estructura constitucional de la República de Weimar quedó hecha pedazos y fue sustituida por la estructura constitucional fascista, de nuevo funcionalmente subordinada al sistema del derecho privado.⁶⁹

No es difícil adivinar que esta necesaria subordinación funcional de las constituciones burguesas al núcleo fundamental del derecho privado cons-

⁶⁸ Galgano, F., *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, Editori Riuniti, 1978, p. 74.

⁶⁹ Perels, Joachim, *Kapitalismus und politische Demokratie*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1973, p. 81.

tituye el reflejo jurídico del papel determinante de las relaciones sociales de producción con respecto a la superestructura jurídica en su conjunto.

7. *Problemática de la determinación y de la eficacia social*

Al derecho constitucional puede aplicarse, *mutatis mutandis*, todo lo que se ha dicho, bajo este respecto, del derecho en general. Por ejemplo, en la medida en que también el derecho constitucional comporta elaboraciones basadas en la categoría de sujeto jurídico (el “ciudadano” como sujeto de derechos políticos, el Estado como “persona jurídica eminente”) y reglas generales y abstractas, remite a los condicionantes sociales ya señalados a propósito del sistema jurídico positivo en general.

Por lo que toca a su contenido específico, es decir, a las reglas de organización que establecen un orden o régimen determinado en el ejercicio del poder, las constituciones se hallan sujetas de un modo particularmente claro al principio de la multideterminación causal, simultáneamente económica, política y cultural, pero manteniendo la jerarquía que la hipótesis marxista establece entre estas series causales.

Por lo general, una constitución formal *nace* al término de una crisis política como expresión de una correlación de fuerzas que impone un delicado y a veces largo proceso de negociaciones y compromisos en el seno de la constituyente. “Una constitución es un rito pacificador que remata las revoluciones o apacigua las revueltas y, para los pueblos que se liberan concretamente es el símbolo de la independencia”.⁷⁰

Pero también pesa en la génesis de la constitución formal toda la tradición constitucional precedente, es decir, la historia de los sucesivos equilibrios constitucionales que jalaron la vida institucional de un país. Se trata de un factor cultural objetivo y relativamente autónomo que no puede reducirse a los factores políticos coyunturales.

También *la interpretación* de las disposiciones constitucionales remite frecuentemente a la presión de situaciones nuevas definidas por un desplazamiento significativo de la relación de fuerzas sociales.⁷¹ La razón es clara: no existen normas “en sí”, fuera de la historia o al margen del medio en que funcionan. Las disposiciones constitucionales tienen que confrontarse necesariamente con situaciones históricas nuevas no previstas por los constituyentes. De donde la necesidad de reinterpretar, de reorientar y hasta de negar ciertas disposiciones constitucionales en función de los nuevos problemas y de las nuevas dificultades.⁷²

Pero no debe olvidarse que esta “interpretabilidad” de la constitución tiene sus límites. La plasticidad de las reglas constitucionales no es absoluta y no se puede reducir a cero la semántica del texto constitucional.⁷³ Por

⁷⁰ Esteban, Jorge de. *op. cit.*, p. 24.

⁷¹ Cf. Parodi, Jean Luc, “Lectures de la Constitution”, *Projet*, núm. 188 septiembre-octubre 1977, pp. 953-961.

⁷² Miaille, Michel, entrevista inédita realizada en México en febrero de 1980.

⁷³ “Es cierto que el jurista no puede ignorar la presión de las necesidades prácticas sobre la aplicación de las leyes. Pero erigida en doctrina absoluta, esta directiva equivale a negar el alcance semántico del lenguaje empleado por el legislador y a mutilar

lo tanto, el poder dominante puede reorganizar y reorientar la tradición constitucional en función de las necesidades nuevas, pero no puede negarla por completo.

La *constitución material* resulta inmediatamente, como ya se ha dicho, de la interacción permanente entre factores jurídicos y políticos, con prevalencia de estos últimos. Entre los factores políticos, el régimen de los partidos y la dinámica de los sindicatos, de las organizaciones de masa y de los “grupos de presión” desempeñan un papel determinante. Pero también la constitución formal desempeña un papel relevante como punto de referencia de las estrategias constitucionales de los factores políticos.

Jean Luc Parodi compendia admirablemente estos complejos condicionamientos de la estructura constitucional:

Para comprender un sistema institucional y explicar su evolución hay que tomar en cuenta por lo menos seis elementos: el número de las instituciones, su grado de autonomía relativa, las armas de que disponen cada una de ellas con respecto a las otras, el sistema de los partidos, las estrategias de los actores partidarios y, finalmente, las etapas de la historia constitucional (...).

El juego combinado de estos datos determina las grandes etapas en la historia de un sistema institucional. La redacción del texto constituye la primera etapa; como resultado de las relaciones de fuerzas del momento y en cuanto acumulación de sucesivas capas heredadas de equilibrios anteriores, el texto primitivo está casi siempre grávido de interpretaciones contradictorias.

Luego vienen la confrontación con la realidad, la obligación de interpretar las disposiciones ambiguas y la creación, conflicto tras conflicto, de una primera síntesis constitucional constituida por el conjunto de precedentes institucionalizados y de leyes no escritas, y forjadora, con el favor del tiempo, de su propia legitimidad. Es raro que el funcionamiento real de un régimen coincida, diez años después de su nacimiento, con las expectativas de los constituyentes.

Una vez establecida y de día en día más legitimada, esta primera síntesis institucional tiene que franquear todavía un último obstáculo: la prueba de su paso por la oposición. Esta etapa suele ser delicada, pero rara vez perturbadora, porque con más frecuencia el costo de la puesta en cuestión de las instituciones supera por amplio margen sus posibles beneficios.⁷⁴

Naturalmente, las relaciones sociales capitalistas constituyen el gran marco de estos factores político-culturales, pero no determinan nunca de un modo directo la estructura constitucional. Existe un “margen de juego” muy amplio entre relaciones sociales de producción y forma jurídica constitucional. Este margen requiere la mediación de factores políticos e ideológicos, como la estructura de clases, el movimiento de la correlación de fuerzas, la competencia interinstitucional y la cultura jurídica en vigencia.

el valor normativo del derecho.” Petot, Jean, “La notion de régime mixte”, in varios, *Recueil d'Etudes en hommage à Charles Eisenmann*, ed. cit., p. 122.

⁷⁴ Parodi, Jean Luc, *art. cit.*, pp. 954-955.

La eficacia política de las constituciones —de su eficacia ideológica nos ocuparemos después— resulta claramente de lo que llevamos dicho.

La constitución formal es uno de los factores que concurren a la estructuración de la constitución material, y *ésta no es más que el modo en que se organiza el ejercicio del poder dominante dentro de los límites y de la “resistencia” objetiva determinados por la correlación de fuerzas y la tradición institucional.*

La constitución, por lo tanto, no se limita a organizar “poderes formales”, sino que *forma parte de la realidad política de la dominación* y bajo este aspecto contribuye eficazmente a la reproducción de la estructura de clases de una sociedad.

Pero no hay que olvidar que esta eficacia reproductora se realiza a través de un funcionamiento contradictorio que depende del estado de la correlación de fuerzas y de la naturaleza virtualmente contradictoria del propio texto constitucional. En ciertos casos, las disposiciones constitucionales pueden desempeñar una función política y socialmente prospectiva previendo o impulsando una perspectiva de transformación social.⁷⁵ Tal es el caso de ciertas disposiciones “programáticas”, como el célebre artículo 3, parágrafo 2, de la Constitución italiana de 1947, según el cual

corresponde a la República apartar los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el desarrollo pleno de la personalidad humana y la participación efectiva de los trabajadores en la organización política.⁷⁶

Es evidente que una disposición como ésta no puede tener efectividad sin la convergencia de la voluntad política de los gobernantes y de una correlación de fuerzas favorable a un proyecto de transformación social. Pero no puede negarse la importancia política de esta especie de “disponibilidad” objetiva de la propia forma constitucional en vista de la transformación profunda de las relaciones sociales de producción.

Nada mejor para ilustrar la problemática que venimos desarrollando que una cita de Lelio Basso referida a las posiciones de Marx y Lassalle con respecto al problema constitucional.

En una célebre conferencia sobre las constituciones, Fernando Lassalle llegó a la conclusión siguiente:

Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas *de derecho*, sino *de poder*; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando son *expresión* fiel de los factores de poder imperantes en la realidad social: he ahí los criterios fundamentales que deben ustedes retener.⁷⁷

⁷⁵ Rigaux, François, “L’imagination politique à la source du droit positif”, in varios, *Scritti in onore di Lelio Basso*, Milano, Franco Angeli Editore, 1979, pp. 57 y ss.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 59-60.

⁷⁷ Lasalle, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, Madrid, Edit. “Cenit”, 1931, p. 90.

Sabemos que Marx expresó consideraciones análogas en *Las luchas de clase en Francia*, a propósito de la Constitución republicana de 1848.

Es verdad lo que Marx y Lassalle nos enseñan: —responde Lelio Basso—; los textos constitucionales sirven de poco si no se cambian las relaciones de fuerza. Bajo este aspecto sería erróneo o, peor aún, culpable, considerar la Constitución como una conquista definitiva, como el punto de llegada de nuestra batalla democrática. Pero también sería erróneo o, peor aún, culpable, subestimar el significado moral y político de la Constitución, la fuerza que se libera por el sólo hecho de que ella existe, contiene ciertos principios, ha sido fruto de muchos sacrificios pasados y constituye hoy el punto de referencia de muchas esperanzas futuras... Es cierto que para llevar a la práctica la Constitución hace falta cambiar la correlación de fuerzas. Pero también la Constitución es una fuerza, y lo será tanto más cuanto más meditemos esta otra enseñanza de Lassalle en la misma conferencia: "Todos vosotros sois también una parte de la Constitución".⁷⁸

8. *La dimensión ideológica de las constituciones*

Las implicaciones ideológicas del constitucionalismo clásico y contemporáneo son innegables. A nadie escapa que el proceso de constitucionalización ha vehiculado históricamente cierto número de "mitos estatales",⁷⁹ es decir, una serie de representaciones sobre el origen, las fuentes, la legitimidad, el mejor modo de organización, los límites y la finalidad propia del poder estatal. De aquí la formación de un campo semántico característico que delimita el ámbito de las ideologías constitucionales y que se halla estrechamente ligado a las ideas políticas que precedieron, acunaron y posteriormente acompañaron al proceso de constitucionalización. Este campo semántico está comprendido dentro de la dicotomía *liberal* Estado-sociedad civil, y comporta un léxico peculiar constituido por términos tales como hombre, ciudadano, sufragio, representación, voluntad general, Pueblo, Nación, soberanía, Estado, gobierno, división de poderes, régimen, interés general, servicio público, legitimidad, democracia, igualdad, libertades, derechos, garantías, etcétera.

Pero para ubicar correctamente la dimensión ideológica de las constituciones hay que tener en cuenta, por un lado, la distinción entre discurso sobre la norma y discurso de la norma, y por otro la distinción entre constitución formal y constitución material.

Si nos situamos en el plano del discurso sobre la norma, es posible identificar un amplio ámbito de *ideologías teóricas* a propósito de o sobre la constitución.

Estas ideologías teóricas se relacionan con el derecho constitucional o bien diacrónicamente, es decir, de modo históricamente antecedente, o bien sincrónicamente, como doctrina o dogmática constitucional, por ejemplo.

⁷⁸ Basso, Lelio, *Il principe senza scettro*, ed. cit., p. 320.

⁷⁹ Nizard, Lucien, "A propos de la notion de service public: mythes étatiques et représentations sociales", in varios, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, ed. cit., pp. 91-98.

Nos interesa subrayar de modo especial la primera forma de relación. Ésta significa, en primer término, que históricamente la juridificación efectiva de la relación política en términos constitucionales fue precedida en el siglo XVIII por un vasto movimiento ideológico que propugnaba dicha juridificación en forma de proyecto o programa. De hecho, lo que hemos llamado “proceso de constitucionalización” comprende en forma sucesiva ambos fenómenos.

El primer fenómeno se desarrolla a nivel cultural y consiste en el hecho de que los juristas y, de un modo más general, los hombres de cultura comienzan a representar y adscribir la relación política como una relación jurídica. El segundo fenómeno se desarrolla, por así decirlo, a nivel real, y consiste en el hecho de que la relación política llega a configurarse efectivamente como una relación jurídica...⁸⁰

La relación diacrónica entre ideologías teóricas y derecho constitucional significa, en segundo término, que cada una de las constituciones que jalanan la historia institucional de cualquier país constituye generalmente la culminación normativa, en forma de pacto o de compromiso, de un debate ideológico previo— más o menos largo y enconado— en el que se confrontan diferentes proyectos o ideologías constitucionales. “En el inejemplar constitucionalismo español —dice Jorge de Esteban— cada Constitución quería ser testimonio de la victoria de un sector ideológico de nuestra raquítica burguesía”.⁸¹ Este debate ideológico suele estar estrechamente asociado a una situación de crisis política o social frecuentemente encarada y resuelta en el plano militar. Por eso las constituciones “rematan las revoluciones” o “apaciguan las revueltas”.⁸²

Si nos situamos ahora en el plano del discurso de la norma constitucional, es claro que toda constitución formal comporta una dimensión ideológica en la medida en que su estructura, es decir, el modo en que delimita y jerarquiza posiciones de poder en relación con la sociedad civil, es el resultado de una ideología política y expresa esta ideología. Así por ejemplo, la estructura de las constituciones del siglo XVIII, basada en la separación de poderes, expresa una ideología liberal: “la creencia de que la libertad y el bien común resultan de la confrontación entre múltiples fuerzas que persiguen, cada una por su lado, un fin particular”.⁸³

De un modo general, las ideologías de las constituciones liberales vienen enmarcadas por la gran dicotomía Estado-sociedad civil. Esta dicotomía destaca una esfera pública, situada por encima de la sociedad civil, donde domina un Estado-centro omnipotente y autónomo, cuyo funcionamiento respondería a la lógica del interés general. A esta esfera se contraponen la

⁸⁰ Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, ed. cit., p. 22.

⁸¹ Esteban, Jorge de, *op. cit.*, p. 24.

⁸² *Ibid.*, p. 24.

⁸³ Tropper, M., *La ideología jurídica*, ponencia presentada en el curso: Las ciencias sociales y el derecho, UNAM, febrero de 1980, p. 14 (mimeo.)

imagen atomizada de una sociedad civil sujeta a la irracionalidad de los intereses particulares.

De la sociedad civil emerge *el ciudadano*, desdoblamiento del individuo burgués y sujeto jurídico que se define esencialmente como *homo suffragans*. Mediante su voto igual y libre, el ciudadano da origen a los poderes estatales y, particularmente, a una representación nacional, lugar de una voluntad general soberana que recompone a los ciudadanos atomizados en la unidad abstracta de la nación. Por lo tanto, la configuración de los poderes estatales tiene su fuente en el sufragio, es decir, en la *circulación política* de las voluntades de los ciudadanos.

La ideología constitucional liberal

puede ser apreciada, entonces, desde un doble punto de vista: bajo un primer aspecto ella está regida por la realidad del desmembramiento de la sociedad feudal que tiene por efecto “disolver la sociedad civil en individuos independientes cuyas relaciones son el derecho, como las relaciones entre los hombres de las clases y de las corporaciones era el privilegio”; pero, bajo otro aspecto, también está regida por la recomposición, sobre nuevas bases de clase, de una forma específica de totalidad social.⁸⁴

En otros términos: la ideología constitucional liberal presenta un carácter binario:

- Por un lado reconstruye en el plano político la ideología jurídica del sujeto;
- Pero por otro lado se presenta como la ideología del “comunitarismo” político burgués, modo específico de totalización de los sujetos.

El conjunto de esta demostración pone de manifiesto la necesidad de un nuevo concepto, el de lo político-jurídico, que pueda dar cuenta de lo que realiza el Estado burgués-capitalista: desmembramiento de la totalidad feudal, cuyo instrumento privilegiado es el sujeto de derecho (derecho de la circulación), y recomposición de una totalidad cuyo instrumento jurídico es la soberanía nacional (derecho de dominación).⁸⁵

Las constituciones neoliberales contemporáneas —dejando de lado las constituciones socialistas— tienen un sentido diferente y vehiculan nuevos “mitos estatales” en correspondencia con las nuevas funciones centralizadoras y reguladoras que se asigna al Estado en la fase monopolista del modo de producción capitalista. Estos nuevos mitos reflejan también de algún modo la irrupción de nuevas fuerzas sociales (sindicatos, partidos de masa) que presionan hacia una mayor socialización de la riqueza y del poder.

En general, las nuevas ideologías constitucionales tienden a reabsorber la sociedad civil en el Estado (revocando la imagen clásica de la separación entre las dos esferas), y a sacralizar las misiones estatales (interés general,

⁸⁴ Ph. Dujardin, “Droit constitutionnel et idéologie du sujet”, *Process*, núm. 1, 1978., pp. 98-99.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 99.

Estado-servicio público, Estado social, etcétera) con el objeto de legitimar su intervención directa en la vida económica y social.

El dato innovador más visible en la estructura de las constituciones contemporáneas no consiste en la implantación conceptual del sistema de derechos de libertad, que no hace sino retomar algunos postulados propios de la ideología liberal, sino en la introducción de un conjunto de disposiciones que por una parte confieren a los poderes públicos la facultad de intervenir directamente en las relaciones sociales y económicas, y por otra reconocen a los ciudadanos la titularidad de algunos derechos de naturaleza eminentemente social que imponen al Estado, no tanto abstenerse de intervenir, sino operar activamente para hacer posible el goce efectivo de dichos derechos.⁸⁶

Como toda ideología, las ideologías constitucionales reflejan pero a la vez encubren la estructura real de la sociedad y la verdadera naturaleza del Estado.

Así,

las imágenes: Estado-centro-soberano-creador y sus reflejos invertidos: sociedad atomizada-intereses particulares-irracionalidad, encubren una realidad mucho más compleja en la que la contradicción privado-público pierde su importancia sin desaparecer del todo. Se puede sugerir las alternativas siguientes: sociedad civil jerarquizada, dotada de cierta racionalidad de funcionamiento, que regula de un modo conforme a su propio orden interno los conflictos de intereses, con respecto a la cual el Estado aparece como una prolongación que refleja sus jerarquías; Estado regulador y no creador, que copia los contornos de la sociedad civil en lugar de constituir su centro, y extrae de ella el fundamento de su racionalidad y los medios de una relativa coherencia.⁸⁷

De modo particular y específico,⁸⁸ las constituciones encubren su verdadera naturaleza de *mediación normativa del poder*, de *codificación de la violencia*, de *aspecto codificado del poder estatal* (que no es más que la expresión del poder dominante dentro de la constelación de poderes que configuran realmente a la sociedad civil) bajo las apariencias de una Norma disociada del poder y sujetadora del poder.

La esencia del Estado de derecho es el normativismo. No se trata de un Gobierno de hombres, sino del Reino de las Normas. Después del infierno del Poder arbitrario y del purgatorio del Gobierno controlado, la existencia pura de la Regla de Derecho significa el paraíso jurídico. En esta "Tercera Roma" del Derecho, las decisiones ya no son actos de voluntad individual, sino más bien emanaciones de una "voluntad general prece-

⁸⁶ Rolla, Giancarlo, *art. cit.*, p. 480.

⁸⁷ Nizard, *art. cit.*, p. 93.

⁸⁸ Cf. Tropper, M., *La ideología jurídica*, *ed. cit.*, p. 10.

dente” que se combina con la voluntad de aplicación de hoy en un resultado esencialmente desvoluntarizado. El poder no es más que ejecución subordinada, realización de lo que debe ser según las normas. Y estas normas son tan poco concretas, por su propia naturaleza, que no podrían ser calificadas como imperativas. ¡Los mandatos (Befehl) han muerto, viva el orden (Ordnung)!⁸⁹

He aquí la eficacia específica de la constitución en el plano ideológico: *la transmutación del poder en orden legal que se legitima por sí mismo*, sin necesidad de remitir a principios trascendentes. Es lo que Max Weber tipificó como dominación legítima por legalidad.

En tanto que el tipo clásico de legitimidad se basaba en la tradición del saber en un mundo ordenado, la legalidad moderna deviene reflexiva. El tipo moderno de legitimidad se basa en la idea del pacto entre libres e iguales; en el “contrato social” se funde la construcción ideal del consenso con su institucionalización práctica en el principio de mayorías.⁹⁰

No debe olvidarse que las ideologías jurídicas no son simples humaredas, sino que están revestidas de eficacia práctica. Entre otras cosas, estas ideologías fundan las prácticas jurídicas que las invocan, aun cuando se aparten de ellas. La separación entre lo público y lo privado, por ejemplo —base fundamental de la mitología estatal burguesa—, induce y funda todo un conjunto

de instituciones y de reglas jurídicas: la especificidad de las reglas internas que gobiernan la organización administrativa o aparato de Estado, la existencia de un orden jurídico original (el derecho administrativo) que define las relaciones de este aparato con el sector privado; en fin, la intervención de instancias jurisdiccionales autónomas encargadas de controlar la legalidad de estas intervenciones estatales y regular su cambio (tribunales administrativos y consejo de Estado).⁹¹

Sólo cabe aludir a la dimensión ideológica de la “constitución material”. Ésta genera sus propias *ideologías prácticas* que en parte subsumen las que acabamos de describir y en parte reflejan la lógica extrajurídica de los “factores reales de poder”.⁹² A veces los gobernantes revelan más o menos bruta mente los secretos de esta “Realpolitik” ideológico-constitucional. En su libro *Il principe senza scettro*, Lelio Basso cita esta curiosa confesión del Hon. Scelba, el célebre ministro del Interior de De Gasperi en 1948: “Cuando

⁸⁹ Leisner, Walter, “L’Etat de droit-une contradiction?”, in varios, *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, ed. cit., p. 66.

⁹⁰ Lechner, N., *Poder y orden*, ponencia presentada al XII Congreso Latinoamericano de Sociología, Quito, Ecuador, nov. de 1977, p. 3 (mimeo.)

⁹¹ Nizard, art. cit., p. 92.

⁹² Marx, *Critique de la Philosophie de l’Etat de Hegel*, Paris, Costes, 1948, p. 151.

llegué a ser Ministro del interior, me di cuenta de inmediato que para instaurar la represión en Italia no hacían falta leyes especiales; bastaba con interpretar de cierto modo las vigentes”.⁹³

⁹³ Basso, Lelio, *op. cit.*, pp. 210-211.