

UN CONCEPTO ORSIANO DE CONSTITUCIÓN*

ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT**
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El objeto de esta nota es dar a conocer un concepto de constitución expuesto por Álvaro d'Ors en una carta personal inédita, algo diferente de los que ordinariamente él manejaba. D'Ors no fue por profesión un cultivador del Derecho constitucional, pero tuvo también su manera de ver la constitución, pues, aunque no era demócrata, sí era, en cierto modo, constitucionalista. El doble interés del concepto que damos a conocer reside en ser una de las últimas (no la última) acepciones de Constitución que él puso por escrito, y en resultar más "liberal" que otras que él normalmente manejaba. D'Ors se oponía al liberalismo político y al económico, pero se oponía también a la tiranía y al desmesurado crecimiento del poder estatal. Los conceptos de constitución

ABSTRACT

The objective of this note is to report on a concept of *constitution* put forward by Alvaro D'Ors in an unpublished personal letter —something different from the concepts he used to employ. D'Ors was not by profession a promoter of constitutional law, but he too had his view of the constitution because, although he was not a democrat, he certainly was, one way or another, a constitutionalist. The double interest in the concept hereby commented on lies in its being one of the latest (not the last) meanings of *constitution* he put down on paper and in its turning out to be more "liberal" than other meanings he used to deal with. D'Ors would oppose the political and economic liberalism, but he would also oppose tyranny and the enormous growth

* Dedico este trabajo a la memoria de Don Álvaro d'Ors (Barcelona, 14-IV-1915 - Pamplona, 1-II-2004): *Ivstvm et tenacem propositi virvm/ Non civivm ardor prava ivbentivm Non voltvs instantes tyranni/ Mente qvattit solida* (Horacio, *Odas*, III, 3, 1 - 4). Doy las gracias a Montserrat HERRERO por su ayuda y comentarios.

** Catedrático "Jean Monnet" de Derecho Constitucional de la UE; Profesor titular de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela: Campus Sur, 15782, Santiago de Compostela. Galicia. España. Correo electrónico: dtpereir@usc.es

más defendidos por él fueron dos: la constitución como decisión y la constitución como manera de ser de un pueblo, ninguno de los cuales es el de la carta que aquí publicamos. Éste es bastante diferente y resulta más constitucionalista que los otros. De él destacaríamos, entre otros rasgos: i) la concepción constitucional como pacto de límites al poder; ii) la diferencia entre Constitución y Estado; y iii) el hecho de que la Constitución marque deberes a los gobernantes, no a los gobernados. Además, las constituciones no deberían constituir la ética de una comunidad política, ni jugar el papel de códigos éticos ni conjuntos de valores positivizados.

PALABRAS CLAVE: Álvaro d'Ors – Constitución.

of state power. The concepts of *constitution* he defended the most were two: the constitution as a decision and the constitution as a people's way of being; neither is the one used in the letter hereby discussed. Among other features, he stands out because of (i) his constitutional notion as a pact concerning the limits of power; (ii) the difference between constitution and state; and (iii) the fact that the constitution defines duties for the governors, not for the governed. Besides, constitutions should not make up the ethics of a political community, nor should they play the role of ethical codes or set of values made positivistic.

KEY WORDS: Alvaro D'Ors – Constitution.

I. El objeto de esta breve nota no es estudiar la teoría constitucional del maestro d'Ors –tarea que sería difícil porque él nunca formalizó tal teoría– sino sólo dar a conocer un concepto de constitución, inédito hasta ahora, vertido por don Álvaro en una carta personal de fines de 1993 que puede resultar algo diferente de los que ordinariamente él manejaba. Ciertamente, a partir de sus ideas sobre la idea de constitución, su rigidez o flexibilidad, la *auctoritas* y la *potestas*, el Derecho, la comunidad política, la división de poderes, el Estado de Derecho, los derechos y otros elementos que por razón de la materia son constitucionales, se podría exponer una teoría constitucional orsiana relativamente articulada y desarrollada, pero que yo sepa él no lo hizo y los libros que estudian su pensamiento, tampoco¹. Por tanto, nos limitaremos a escuchar a don Álvaro, añadiéndole a su texto sólo lo imprescindible para suministrarle un contexto.

El llorado maestro compostelano Álvaro d'Ors ha sido seguramente uno de los más ilustres juristas españoles del siglo XX pero no fue ni pretendió ser un constitucionalista, y como es lógico su influencia en el Derecho público fue sensiblemente menor que en otros campos, como el Civil, la Historia del Derecho e incluso la Epigrafía y la Historia Antigua en general. Su pensamiento fue abarcador pero fue siempre el de un romanista, un gran romanista que ha entrado ya en el número de los clásicos. Ahora bien, la unidad del saber jurídico se reflejaba en su caso en la unidad de su pensamiento, por lo cual, aun no siendo constitucionalista ni pretendiendo invadir el terreno de ninguna otra disciplina –no había en él ninguna actitud “colonizadora”–, por la amplitud y unidad de su

¹ Cfr. DOMINGO, Rafael, *Teoría de la "auctoritas"* (Pamplona, Eunsa, 1987); EL MISMO, *Auctoritas* (Barcelona, Ariel, 1999); GÁNDARA, Agustín, *El concepto de Derecho en Álvaro d'Ors* (Santiago, Fundación A. Brañas, 1993). Por otra parte, al día de hoy quedan miles de páginas inéditas de don Álvaro, que el autor de estas líneas desconoce.

pensamiento, desarrolló también una manera de ver la constitución, que expresó muchas veces oralmente y, en menos ocasiones, en algunos de sus escritos. Su pensamiento no era democrático –solía dejármelo claro con frecuencia– pero sí en cierto sentido constitucionalista, en el sentido de pacto, limitación del poder y sumisión de éste al Derecho. Más favorable era su juicio sobre una democracia que conocía muy bien, la inglesa, por ser más liberal que democrática, por tener una constitución histórica y consuetudinaria y por otras diversas razones, sin excluir las afinidades de Inglaterra con Roma.

Después de la desproporcionada fortuna de haber sido su compañero de claustro en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra en los años setenta y ochenta, mantuve hasta el mismo día anterior a su fallecimiento una relación de amistad y comercio intelectual, o más bien de discipulado, en mi caso “extravagante”, en el sentido jurídico-canónico, por no ser yo romanista. En esa relación él no tenía nada que recibir, sólo dar, y lo daba generosamente a quien quisiera venir a colocarse bajo el paraguas de su amplio magisterio, impartido a veces en el autobús urbano, en una tertulia, en su casa una tarde de sábado o en un atardecer veraniego en Carballedo. Formar parte del mismo claustro que él era como estar al lado de un manantial de bondad, inteligencia y sabiduría del que uno podía tomar cuanto quisiera.

Años después, en las Navidades de 1993, me escribió una larga carta –una de sus cartas, tinta negra, folio doblado como páginas de libro, que prodigó a sus amigos y discípulos–, en la que exponía una visión de la constitución que tiene el interés de ser una de las últimas que puso por escrito de una forma articulada, precisa y relativamente extensa, y de resultar más “liberal” que otras que él normalmente manejaba.

II. Ese adjetivo, “liberal”, merece una precisión pues d’Ors era un tradicionalista que se oponía al liberalismo político –por ejemplo, al español del siglo XIX²– y tampoco simpatizaba en absoluto con el liberalismo económico capitalista³. Se oponía a la tiranía⁴, al despotismo y al estatismo, era gran defensor de la libertad personal y extremadamente respetuoso con la de los demás⁵, por eso

² D’ORS, Álvaro, *Liberalismo moral y liberalismo ético*, en *Razón Española* 75 (1996), pp. 9 - 19, 18. Nosotros preferimos dejar ahora de lado que el liberalismo español del siglo XIX, si fuera medido por los *standards* del auténtico liberalismo político, tampoco puntuaría muy alto.

³ Ver su conferencia *Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía*, recogida en *Revista Chilena de Derecho* 17 (1990), pp. 439 - 448.

⁴ “No olvides esto, mi querido Gabriel: al tirano es lícito dar muerte” (diálogo *Gabriel, o del Reino* (1955), § 24, en sus *Ensayos de teoría política* (Pamplona, Eunsa, 1979), pp. 261 - 300). Más tarde, por razones de eficacia se manifestó más en favor del sabotaje a la máquina estatal que del tiranicidio. Por cierto que en ese diálogo hay una rápida referencia a la constitución: “debe entenderse como complejión natural del reino, de las regiones y de todas las demás instituciones, no al modo liberal, como papel escrito [...]” (§ 24).

⁵ “[...] el liberalismo moral, [...] consiste [...] en la consideración constante de la respetable humanidad del prójimo, e incluso en la generosidad del alma individual [...]” (*Liberalismo moral*, p. 17).

tuvo tantos amigos e incluso discípulos que no coincidían con él en parte o en todo (dadas la originalidad, precisión y coherencia de su pensamiento, ni aun intentándolo sería fácil coincidir en todo). En *Liberalismo moral* escribió: “Como toda virtud personal, el liberalismo moral se funda en la responsabilidad individual, para la que la libertad es un presupuesto necesario; en cambio, el liberalismo como forma política entroniza [...] la libertad como dato primario, y deja la responsabilidad a modo de consecuencia debida, pero siempre problemática y eventual, de la libertad [...]. El liberalismo político, al pretender suprimir toda sujeción moral, se aferra al dominio del imperativo legal. En este sentido, viene a arruinar el orden natural de vinculaciones humanas para someterlo todo al capricho del legislador, es decir, al Estado moderno. Cuando los ‘tradicionalistas’ consideramos a los ‘liberales’ como nuestros adversarios, esto se debe, no sólo a la contingencia del enfrentamiento incluso bélico de la reciente experiencia histórica de España, sino a esta razón más esencial y permanente de que el liberalismo político depende de una Ética estatal y no de una Moral individual. Porque, de hecho, se puede comprobar con mucha frecuencia que los tradicionalistas somos más humanos y liberales en nuestra conducta privada que tantos liberales políticos, mucho más intolerantes en sus ideas, empezando por su pertinaz estatismo”⁶.

III. Respecto de los conceptos de constitución más manejados (no los únicos) por don Álvaro, tanto por escrito como oralmente, pueden reconducirse a dos principales: la constitución como decisión de *potestas* (aunque, huelga decirlo, una decisión especial que puede obligar incluso a quien la tomó) y la constitución como manera de ser de un pueblo (lo que conecta con la tradición), que también puede vincular al gobernante e incluso al legislador.

Ninguno de ellos es propiamente el de la carta de 1993, ni tampoco era el de su *Introducción al Estudio del Derecho* de 1977, en la cual, sobre nuestro tópico, decía solamente lo que sigue: “La forma estable por la que se estructura un Estado, con una determinada forma de gobierno, se llama constitución. Esta es la base del orden público y privado, y, por tanto, también del derecho. [...]. No es necesariamente una ley, aunque sea frecuente en los Estados modernos la fijación por escrito de los principios constitucionales del Estado [...]. Los pueblos de constitución consuetudinaria [...] tienen por ello mismo una mayor continuidad constitucional [...]. Aunque [...] sea la base del orden estable de un Estado, debe estar prevista en [la constitución] la posible alteración del mismo orden constitucional [...]. En eso consistiría cabalmente el poder soberano: en poder decidir en estado de excepción, según la clara definición de Carl Schmitt”⁷.

No debe entenderse que considerara la constitución como cúspide de la pirámide normativa, que criticaba con frecuencia, ni fuente de las fuentes jurídicas en general, ni cimiento sobre el que se edifica o del que se deriva el Derecho de una comunidad política. Aparte de otras razones, lo impedirían su concepto

⁶ *Liberalismo moral*, p. 18.

⁷ 3ª ed., Madrid, Rialp, 1977 (básicamente coincidente con la de 1976), § 82.

del Derecho, judicialista y pluralista en las fuentes, y la separación entre *potestas* y *auctoritas* (la constitución es para él un acto de la primera). Ni siquiera gustaba de la difundida y artificiosa expresión *norma normarum*, que criticaba incluso desde el punto de vista filológico, pues significaría realmente “la norma por antonomasia” y no “la norma de normas”.

Sus dos últimas publicaciones importantes con un concepto más o menos completo de constitución, en ambos casos más amplio y trabado que el anterior, son *Derecho y sentido común*⁸ y *Nueva introducción al estudio del derecho*⁹. En *Derecho y sentido común* dice: “Estos convenios¹⁰ pueden ser los de una costumbre, pero también pueden formalizarse por escrito, a modo de carta fundamental. El conjunto de deberes convenidos por el pueblo y la potestad que lo gobierna es lo que llamamos “constitución”; con ella se determina la manera en que debe comportarse el gobernante en relación con sus súbditos. Las constituciones escritas pretenden con frecuencia servir como ley fundamental para deducir de sus principios todo el ordenamiento civil de un pueblo; pero la constitución debe ser, ante todo, el convenio de respetar unos límites del poder de que dispone la potestad. Del mismo modo que el derecho divino natural impone unos deberes a toda potestad, así también pueden imponerse otros deberes por convenio tácito o expreso con un pueblo. La constitución viene a ser así como el derecho humano natural de un determinado pueblo, que la potestad que lo rige debe respetar por derecho divino natural. Los deberes constitucionales son los de la potestad, en tanto los deberes civiles de los súbditos se establecen mediante las mudables leyes especiales, aunque éstas, a veces, aparezcan incorporadas a un texto constitucional. La constitución misma implica una reciprocidad en el sentido de que el pueblo reconoce la potestad siempre que ésta observe ciertos límites, pero no en el de que el pueblo contraiga otros deberes a cambio de los que acepta la potestad como límites de su poder”¹¹.

Y a continuación repararemos en lo que escribió en la *Nueva introducción al estudio del derecho* de 1999: “Suele entenderse hoy por “constitución” la ley fundamental del Estado, pero aquélla es mucho más que una ley. [...] Es, ante todo, un acto de decisión sobre la propia identidad nacional, en virtud del cual se establece la recíproca posición de gobierno y acatamiento, con carácter definitivo. Puede tener un origen consuetudinario, mal conocido, incluso mítico. [...]. Cuando una constitución nacional se promulga en forma de ley, ésta vale como irrevocable. Debe distinguirse pues de otras leyes “fundamentales” para cuyo cambio se requiere acaso formas de aprobación más exigentes; tampoco es susceptible, como son éstas, de interpretación, pues una ley que necesita interpretación no expresa bien el sentido de una decisión comunitaria definitiva. Sólo por una convulsión revolucionaria puede la constitución perder su vigencia. Su de-

⁸ Madrid, Civitas, 1995.

⁹ Madrid, Civitas, 1999.

¹⁰ Convenios constitucionales: “[...] La potestad puede quedar deslegitimada por el incumplimiento de ciertos deberes convenidos con el pueblo [...]” (*Derecho y sentido común*, p. 92).

¹¹ *Derecho y sentido común*, p. 93.

fensa corresponde al Ejército de la nación; un tribunal constitucional no puede defender la constitución nacional, porque carece de los recursos de fuerza que se requiere en contra de una agresión a la integridad nacional. La constitución, por lo demás, no es el fundamento del derecho, no es una 'norma de normas'; puede, ella misma, no tener forma de ley, y, en todo caso, toda ley es por su contenido, no por su forma, una manifestación de autoridad jurídica y no de potestad rectora, como es, en cambio, la decisión constitutiva de una nación. El respeto de los derechos regionales sí puede entrar en el pacto constitucional entre gobernante y gobernado, así como también el régimen constitucional para el posible desarrollo o cambio de esos derechos [...]. De la constitución [...] depende, entre otras cosas, la forma de gobierno"¹².

Su reciente obra *Bien Común y enemigo público*¹³ ofrece también, aunque sólo *en passant*, un rápido concepto de constitución, concebida como el conjunto de los principios básicos e inamovibles del orden público de una comunidad política: "En principio, el orden público se funda en una Ética verdadera, que es bien común universal, pero puede contener otros elementos que pertenecen a lo que es constitucional de cada pueblo, y son por ello distintos. Son estos fundamentos particulares los que diferencian constitutivamente a un grupo social de otro, y pueden considerarse como su propia constitución: principios que, sin ser necesariamente universales, resultan inviolables e inalterables incluso por la voluntad del mismo pueblo en que rigen. Ésta es la idea de 'constitución', no siempre escrita, que se reduce a lo que no puede ser cambiado mediante ley, sino que se proyecta como inalterable, y sólo por el trastorno violento de una revolución resulta mudable. De este tipo de principios puede ser la forma de gobierno y de estructura nacional; o de Ética particular compatible con la universal, como puede ser la no confesionalidad de un pueblo con indiscutible pluralismo religioso, pero también, en otro caso, su confesionalidad. Son estos principios que no pueden someterse a revisión legal, ni siquiera restringida por exigencias legales de mayor aprobación popular. Dependen de una decisión histórica definitiva, y no deben confundirse ni asociarse con otras decisiones contingentes como pueden ser las que suelen llamarse leyes 'fundamentales', pero no son 'constitucionales' en este sentido estricto de lo irrevocable. Esta irrevocabilidad de la "constitución" es la que excluye también la necesidad de interpretación del texto legal que puede contenerla, pues lo que tolera la interpretación no es ya una decisión firme irrevocable"¹⁴.

Esta aproximación a la constitución, aparte de tratar pocos aspectos, resulta en principio muy diferente (si bien, examinada con detenimiento, no deja también de reflejar la unidad del pensamiento orsiano). La razón es que este concepto está situado en el contexto de una explicación sobre el orden público, uno de los temas centrales de ese libro. Es el orden público, no la constitución, lo que ahí se está explicando.

¹² §§ 112 - 113.

¹³ Madrid, Marcial Pons, 2002.

¹⁴ Págs. 79 - 80.

Nótese que, como en la *Nueva introducción*, insiste en que la constitución no debe interpretarse, en contraste con nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que comienza diciendo que es el “intérprete supremo de la Constitución”¹⁵. La nueva Constitución europea, ya en el texto contempla su propia interpretación y suministra criterios para ese fin¹⁶.

IV. Y ahora ya sólo nos queda reproducir literalmente lo que sobre la constitución decía en la mencionada carta de diciembre de 1993, en la que respondía a unas consultas y comentaba un artículo enviado por mí¹⁷. D’Ors se expresaba así: “Querido amigo:/ No he podido leer, hasta terminarlo hoy, con la debida calma y continuidad, su artículo de *Ars Iuris* [...]. Francamente, el tema de la identidad del ‘Derecho Político’, o como se quiera llamar, es muy complejo, y más en momentos como los actuales, en que, como era previsible, la estructura estatal se va a relajar hacia fuera y hacia adentro. Esto, naturalmente, es lo primero que un estudiante debe saber./ Por lo que se refiere a una Constitución-ley escrita, pienso, conforme a mi punto de vista del derecho como sistema de deberes-servicios coercibles socialmente, que esa ley constitucional debería ser siempre concebida, no como ley de organización de los poderes públicos, sino como enunciado de *deberes limitativos del poder*¹⁸. Esto, después de todo, está en los orígenes del más genuino constitucionalismo./ Del mismo modo que, para mí, el derecho natural consiste en los límites que la naturaleza dada por Dios al hombre impone a su autonomía, o libertad, si se quiere hablar de ésta en un sentido de posible opción del mal, así también una Constitución debería ser el conjunto de límites que una sociedad fija para el ejercicio de su gobierno. Y también esta ley debe acatar los límites del superior derecho natural, pues la ley humana, aunque coincida con la naturaleza es siempre algo ‘artificial’, en el sentido de producida por el ‘arte’ humano./ Naturalmente, esta decisión humana que fija los límites a su propio gobierno puede cambiar con el tiempo, pero toda constitución debe prever unos límites muy estrictos para poder ser cambiada. El cambio no previsto por la misma ley constitucional debe entonces ser considerado como revolucionario. Esto siempre es posible, pero cuanto más sucinta sea una ley constitucional mayor fuerza vinculante puede tener desde un punto de vista psicológico y ético./ Pero la forma constitucional de ejercer el poder, eso no cabe en una constitución puramente limitativa, sino que requiere, donde no existe una tradición constitucional generalmente respetada, unas leyes especiales. Lo que yo no veo es que estas leyes especiales sobre el funcionamiento de los órganos del poder deban entrar en la ley constitucional. Antes bien, su especialidad permite mejor los cambios necesarios. De hecho así se hace a veces,

¹⁵ Art. 1.1.

¹⁶ Art. II-112.

¹⁷ *El Derecho Constitucional como profesión*, en *Ars Iuris* 10 (México, 1993), pp. 215 - 265. Ese artículo, así como las consultas que le hacía por carta, forman el contexto en que debería leerse esta respuesta orsiana, pero son imposibles de reproducir aquí.

¹⁸ Subrayado en el original.

y, p. ej., una ley electoral, o una ley de autonomías regionales no tiene que hallarse necesariamente dentro de la constitución./ No hay que decir que los límites para poder legislar, incluyendo, naturalmente, estas leyes, si se quiere, 'fundamentales', deben estar previstos en la ley constitucional, pues debe limitarse el poder legislativo del gobierno./ Es claro que algunos o muchos límites constitucionales del poder tienen un carácter ético, pero lo que yo creo que nunca debe pretender una ley constitucional es constituir la Ética de la sociedad a que se destina; en este sentido no debe ser un programa de ideales de conducta, ni nada parecido a una lista de 'derechos del ciudadano', y menos aún, 'del hombre' en general. Porque, aunque no con la candidez de la constitución de 1812, algunas veces parece que el legislador quiere erigirse en 'autoridad' moral, que no es [...]".

V. Los cuatro conceptos responden a una unidad que los informa a todos pero tienen también diferencias, sobre todo el último respecto de los tres primeros. ¿Cuán novedoso es realmente el de la carta de 1993? Yo diría que, si se comparan los respectivos tenores literales, es bastante diferente, pero no por afirmar cosas contrarias sino por hacer más hincapié en otros aspectos. Sin embargo, no necesariamente puede deducirse de ahí que don Álvaro tuviera como reservado en algún departamento de su pensamiento un concepto más o menos liberal destinado a responder a constitucionalistas. Más bien se trata de que él no estaba en este caso diseñando su constitución ideal para su comunidad política ideal, sino opinando sobre las constituciones con las que vivimos hoy, más o menos demo-liberales y escritas (que no eran sus preferidas), como las aludidas en el artículo y las consultas que dieron lugar a esta especie de rescripto orsiano.

VI. Quisiera terminar comentando una paradoja: la de la actualidad del pensamiento orsiano.

El maestro d'Ors fue una persona que políticamente era tradicionalista y profesionalmente se dedicaba al estudio del mundo antiguo. Sin embargo, su pensamiento era tan clarividente y, en cierto sentido, realista, que detectó algunos de los problemas más vivos y serios con que se enfrenta el Derecho en general, incluyendo el constitucional, en estos tiempos de cambio de milenio. Su carta de 1993 contiene, más o menos explícitamente, respuestas a esos problemas, que a continuación comentaremos brevemente como colofón a esta nota.

1. En este caso se refiere a un tipo de constitución, la escrita, que seguramente tiene para él más fuerza limitativa que las constituciones consuetudinarias, aunque también éstas limiten al poder, que ha de respetarlas pero quizá de una manera más difusa. En este texto queda muy claro que la constitución es límite al poder. En diversas ocasiones le oí hablar de la constitución como pacto de límites entre gobernantes y gobernados, cuya transgresión por parte de los primeros legitimaría a los segundos para retirar su obediencia e incluso, en casos muy extremos, resistirse por la fuerza. La constitución es límite incluso para el legislador —en eso, como nuestras constituciones rígidas, aunque en la realidad también lo sean, e incluso más, las flexibles—; matiz éste que puede desvirtuarse si insistimos demasiado en la constitución como organización, norma de nor-

mas, orden, conjunto de valores positivizados o estructura fundamental.

2. Constitución y Estado no coinciden. Y si eso es así, el fin del segundo¹⁹ no tiene que acarrear necesariamente el de la primera. D'Ors habló ya del fin del Estado hace cincuenta años, cuando no muchos, y menos en España, lo consideraban como una posibilidad real. Esto resulta particularmente actual ahora que se discute sobre la Constitución europea, pues más de un autor conservador sigue alegando que donde no hay Estado no puede haber constitución, y que por tanto la europea no puede ser más que un tratado internacional entre Estados. En este punto, como en otros, el tradicionalismo de don Álvaro ha venido a resultar futurista y contribuye a explicar la realidad postmoderna, en la que ya vivimos, mejor que otros pensamientos más "modernos". Era un tradicionalista, no un conservador como podrían serlo la señora Thatcher o Aznar.

3. La constitución marca los deberes de los gobernantes, no los de los gobernados. Esto no quiere decir que los gobernados no tengamos deberes sino que son otras ramas del Derecho –administrativo, tributario, penal– las que nos los exigen. Para los gobernados la constitución no debe ser "positiva", *i. e.*, no debe decirnos lo que hemos de hacer. Diversas constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y todavía más la nueva europea, son muy "positivas", lo cual puede acabar produciendo el efecto indeseado de reducir nuestra libertad y apoderar más a los gobiernos y, más claramente, a los tribunales constitucionales.

4. Para don Álvaro la constitución no "constituye" la Ética, ni siquiera el Derecho. En lo esencial, ambos preexisten a la constitución y al Estado; pensar lo contrario es una mala pasada que nos juega la literalidad del verbo "constituir". En este punto, de nuevo el pensamiento orsiano tiene algo en común con el constitucionalismo clásico anglosajón que nunca –ni al fundar los Estados Unidos– ha pretendido que las magnas cartas constituyeran la sociedad civil ni fueran como el cimiento de todo el edificio jurídico, el cual se mantendría o caería en bloque según lo hiciera la constitución. La Constitución, más que constituir, limita.

5. En la versión de la carta de 1993 don Álvaro vuelve a señalar que las constituciones no deben jugar el papel de códigos éticos o de conducta. Inevitablemente esto evoca, otra vez más, la concepción constitucional americana, negativa –"no vivimos nuestras vidas leyendo primero la Constitución"– frente a la europea de hoy, positiva –conjunto de valores positivizado, "nueva totalidad", regulación constitucional hasta del ocio–. Hay que admitir que es más liberal la constitución-límite. Más de una vez llamó el maestro d'Ors la atención sobre la indebida transformación de las declaraciones de derechos en códigos éticos de comportamiento, que llega a su extremo en la nueva Constitución europea²⁰, en la cual parece subyacer una determinada visión antropológica que los poderes públicos europeos deberán hacer suya e incluso fomentar. Juega en esto un papel

¹⁹ "Yo creo que el 'Estado' ha tenido su época, y que acabará por desaparecer", en *Gabriel*, § 11.

²⁰ Cfr. la antigua Carta de Derechos, ahora segunda parte de la nueva magna carta. A ella deben sumarse los no escasos valores dispersos por otras partes del documento.

importante el actual abuso de los valores, que él consideraba perturbadores para el Derecho²¹.

6. Con el enfoque constitucional de don Álvaro, en las cuatro versiones, el aspecto de la Constitución como derechos queda preterido. Sin embargo, para él los ciudadanos no quedaríamos a merced de los gobiernos, pues éstos han de ser limitados y no podrán tener competencia sobre todo; recuérdese que el rey ideal de d'Ors es tradicional pero no absoluto²². No concibe el Derecho como conjunto de derechos de las personas sino de deberes y servicios socialmente exigibles. No concibe la constitución como conjunto de derechos y libertades de los ciudadanos sino como deberes de los gobernantes. Ya advertimos que no era demócrata y en este punto tampoco liberal.

7. En la misma línea de discrepancia con el constitucionalismo demoliberal criticaba la división de poderes de Montesquieu²³ y prefería la distinción romana *auctoritas - potestas*, con todo lo que ahí se deriva. Por eso hablaba del “poder legislativo del gobierno”. Para él la ley era un acto de *potestas* en cuanto a dictarla y ejecutarla y de *auctoritas* en cuanto al contenido. La constitución, quizá con la excepción de las consuetudinarias, era acto de *potestas*, lo que (no hay contradicción, como dijimos) no le impediría frenar a la *potestas*.

8. Un último aspecto sobre el que se pronuncia esta noción de constitución es el del tamaño y alcance de las constituciones. D'Ors prefiere constituciones cortas que regulen lo esencial y dejen el resto a leyes especiales, que podrían corresponderse con las que en algunos países se denominan “leyes constitucionales”.

En la práctica es eso lo que ocurre, incluso cuando la constitución lo regula todo y por ello es larga, como la española, o larguísima, como la europea. En la realidad, en España no estamos regidos sólo por el documento aprobado en 1978 sino por una masa o bloque de normas y sentencias constitucionales dispuestas como en círculos concéntricos, ocupando el primero la Constitución, el siguiente los estatutos de autonomía y así sucesivamente²⁴. Al admitir leyes especiales se plantea el problema de que no todas las merecedoras del adjetivo “constitucional” podrán tener el mismo rango ni fuerza, lo que para don Álvaro no ofrecería duda, con la consiguiente diferencia en la dificultad de reforma. Las posturas hoy dominantes son contrarias a que dentro de una constitución haya unas partes “más constitucionales” que otras, pero no puede dejar de ser así, incluso en constituciones muy cortas como la americana, más aun en la española y muchísimo más en la nueva europea, repleta de detalles impropios

²¹ *Derecho y sentido común*, p. 124; *Nueva introducción*, § 53, y en otros lugares.

²² “En la doctrina de nuestros mayores, el rey gobierna poco, no porque exista un gobierno que lo haga en su lugar, sino porque no existe ningún gobierno poderoso”, en *Gabriel*, § 26. Sin embargo, no es fácil en nuestros días diseñar un tipo de comunidad política en el que el gobierno gobierne poco. Si es posible, y en cierto modo ya es real, que existan dos o tres niveles de gobierno, sin que ninguno de ellos tenga monopolio ni competencia universal.

²³ Sin embargo creía que “el gobierno de la comunidad [debe quedar] repartido en una estructura pluralista” (*Gabriel*, § 27), pero ese pluralismo era más territorial o de instituciones sociales que de instituciones específicamente políticas encargadas cada una de un poder.

²⁴ Prescindimos ahora de la dimensión constitucional europea.

incluso de una ley importante.

Algo parecido podemos decir de las altas jurisprudencias, consideradas por muchos tan constitucionales como las propias magnas cartas: aunque apliquen las constituciones, no por ello se colocan en pie de completa igualdad con ellas. El Tribunal Supremo norteamericano entiende que sus sentencias realmente “son Constitución”, forman parte del *supreme Law of the Land*; en España, la mayoría habla de la jurisprudencia constitucional como de la Constitución misma, cuando no puede tener la misma fuerza de obligarnos que lo que el pueblo aprobó en 1978, pues los jueces constitucionales no tienen mandato popular alguno para hacer otra constitución ni reformar la actual. Es cierto que al ser el Derecho una profecía sobre lo que dirán los jueces, un litigante que argumente su pretensión contra la línea jurisprudencial dominante tiene pocas probabilidades de éxito, pero no hace nada ilegal ni anticonstitucional; sin olvidar la posibilidad de que triunfe y abra una nueva línea jurisprudencial. Reaparece así la conveniencia de que las constituciones se reduzcan a lo esencial, dejando el resto de la materia constitucional a las grandes leyes (y sentencias), aunque esto nos obligue a admitir distintos rangos o intensidades de constitucionalidad.

9. Ese tema, el del mayor o menor tamaño y prolijidad de las constituciones, tiene que ver con la interpretación de las mismas, no aludida expresamente en la carta de 1993 pero procedente ahora. Cuanto más largas y detalladas sean las constituciones y más “positivo” sea su lenguaje y más valores contengan, más interpretación necesitarán, con el correspondiente riesgo de modificación por el intérprete, nuevo señor de la constitucionalidad. Apunta así d’Ors a uno de los grandes problemas constitucionales de nuestros días, que ya ha comenzado a provocar una reacción y un deseo de “retirar las constituciones de las manos de los tribunales”²⁵.

Por un lado, hay que admitir que hemos ido demasiado lejos en la línea de poner las constituciones en manos de los jueces. Por otro, una constitución viva, por sobria que sea, al ser invocada en los litigios –de no invocarse, quizá no estuviera tan viva– será objeto de interpretación en mayor o menor grado, así que en este punto el pensamiento del Maestro no parece realista. Con todo, no es lo mismo admitir que siempre habrá un mínimo de interpretación (incluyendo la judicial), que atribuir formalmente el monopolio de la interpretación constitucional a un órgano judicial o cuasi judicial. La interpretación constitucional debería corresponder al pueblo, y, como ello no es posible, a los órganos políticos menos alejados del pueblo, y nunca debería investirse en una sola institución. La experiencia española de interpretación por el Tribunal Constitucional no es muy estimulante, pues el Tribunal ha tenido, en la práctica, una especie de poder constituyente permanente en el que no han dejado de notarse los criterios partidistas o ideológicos. Su reciente Declaración sobre la compatibilidad de la

²⁵ M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Hands of the Courts* (Princeton, 1999); R. STITH, *The Rule of Law vs. the Rule of Judges: A Plea for Legal Pluralism*, en *Political Thought* 3 (Ukrainian Political Science Journal, Kiev, 1997), pp. 31 - 55; L. FISHER & N. DEVINS, *Political Dynamics of Constitutional Law* (St. Paul, West, 1996).

nueva Constitución europea con la española²⁶ tampoco es un modelo de independencia y objetividad. La nueva Constitución europea no intenta eliminar pero sí marcar las grandes líneas de interpretación de sus derechos y principios, y cabe preguntarse si eso es razonable. En la práctica, una vez elaborada esa Constitución, que ha resultado larga, prolija y al mismo tiempo vaga, restringir sus posibilidades de interpretación podría resultar poco democrático y además poco realista, y, por el excesivo inmovilismo que generaría, podría obligar a recurrir a la reforma formal con demasiada frecuencia.

[Recibido el 17 de enero y aceptado el 5 de abril de 2005].

²⁶ DTC 1/2004 de 13 de diciembre de 2004. Llega a la conclusión, manifiestamente contraria al sentido común, de que no hay incompatibilidad entre ambas.