

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN ENSAYOS ESCOGIDOS

Miguel CARBONELL

Compilador

Manuel ARAGÓN, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Carlos DE CABO,
Miguel CARBONELL, Jorge CARPIZO, Paolo COMANDUCCI, Luigi
FERRAJOLI, Víctor FERRERES, Riccardo GUASTINI, Gurutz JÁUREGUI,
Luis PRIETO SANCHÍS, Francisco RUBIO LLORENTE, Diego VALADÉS,
Pedro DE VEGA, Gustavo ZAGREBELSKY

SEGUNDA EDICIÓN



EDITORIAL
P O R R Ú A
AV. REPÚBLICA
ARGENTINA, 15

UNIVERSIDAD
NACIONAL
AUTÓNOMA
DE MÉXICO



MÉXICO, 2002

Primera edición, 2000
Segunda edición, 2002

Derechos reservados © 2002, por
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Mtro. Mario de la Cueva, s/n
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C. V. — 8
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-3354-8

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO*

Francisco RUBIO LLORENTE**

SUMARIO: I. *La Constitución como realidad jurídica.* II. *La noción de Estado de derecho y la distorsión del concepto de Constitución.* III. *El concepto clásico de Constitución: la Constitución como fuente de derecho.* IV. *Tipología de las normas materiales de la Constitución.* V. *La interpretación de la Constitución.*

I. LA CONSTITUCIÓN COMO REALIDAD JURÍDICA

Es cosa sabida que, en nuestro tiempo, la teoría de la Constitución tiende a ocupar de manera cada vez más acusada el lugar que antes ocupó la teoría del Estado como *regina scientiarum*, como ciencia primera, base y fundamento de todo el saber jurídico.¹

Dejando para más tarde, si hubiera tiempo para ello, las razones probables de esta transformación, hay que comenzar por confesar que, pese a ello y como resultado de una compleja interacción de factores técnico-jurídicos y políticos, el concepto mismo de Constitución sigue siendo un concepto polémico, y el término que lo designa continúa afectado de una multivocidad radical que obliga frecuentemente a adjetivarlo. Se opone, por ejemplo, la Constitución material a la formal, o la Constitución real a la jurídica; o se incurre en clasificaciones cuya riqueza misma² priva

* Publicado en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (2a. ed., 1997).

** Universidad Complutense de Madrid.

¹ Cfr. Friedrich, Manfred, "Introducción", *Verfassung*, Darmstadt, Wegeder Forschung, vol. 452, 1978, p. 3.

² Por ejemplo, la muy conocida y sugestiva que ofrece Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, reimp., Madrid, Alianza, 1992. El sentido profundo de esta descomposición del concepto está, por lo demás, muy claro; se origina en un escepticismo total frente a la democracia y apunta objetivamente a su destrucción.

realmente a la categoría central de todo valor como instrumento de análisis o de construcción teórica. En esta situación y por ingrato que ello sea, al abordar un tema como el que hoy nos ocupa es ineludible, si no estipular inicialmente una definición de Constitución, si al menos no perder de vista que el establecimiento de una definición estipulativa es, en cierta medida, el resultado final de toda reflexión sobre la Constitución y, muy precisamente, de una reflexión sobre la Constitución como fuente de derecho.

Tenemos que indicar por ello y, desde el comienzo mismo, que lo que pretendemos llevar a cabo es una reflexión de jurista y para juristas y que, en consecuencia, vamos a prescindir total y absolutamente de los conceptos ajurídicos de Constitución, como el tan conocido de Lassalle o el también harto conocido y quizá más insidioso de Constitución material que, desde Mortati,³ se ha generalizado en la doctrina italiana y que, por otra parte, nada tiene que ver con la Constitución material del positivismo. Nadie puede ignorar la importancia que en la articulación de la vida social tienen los poderes fácticos, que desde luego son más, muchos más, que los representados por aquellas instituciones (últimamente casi sólo una) a la que púdicamente suele aludirse entre nosotros con esa denominación. Los poderes fácticos, esto es, las fuerzas sociales reales, actúan sin embargo, aunque movidas por intereses, al amparo de determinados ideales en torno a los cuales se hace posible su confluencia y que son ya directamente una idea de la justicia, un germen de derecho. De estos ideales extrae el derecho su fuerza, pero ni siquiera la legitimidad, por no hablar de la legalidad, se agota en esa referencia.

Como juristas, no nos interesa conocer el origen remoto y mediato de las normas, sino el próximo e inmediato. El derecho es seguramente un producto social, y es vano y estéril cualquier intento de prescindir de esa conexión, pero el derecho en abstracto, la idea misma del derecho, tiene una realidad propia, una estructura peculiar y es, sobre todo, una mediación necesaria que, en virtud de esa necesidad, condiciona ineludiblemente el producto final, el derecho concreto, cada derecho. La ciencia del derecho tiene tanta razón de ser como la biología, pues la pretensión de

³ Lo que no suele tenerse en cuenta es que la célebre conferencia de Lassalle (16 de abril de 1862) se enfrenta ya con un nuevo concepto de Constitución desprovisto de toda conexión con la legitimidad democrática y con una realidad constitucional en la que las cámaras habían sido humilladas por la monarquía. El concepto de Constitución material, a su vez, tan próximo al de régimen jurídico, se configura también bajo el fascismo.

ignorar la mediación necesaria que el derecho realiza entre fuerzas sociales y orden social es equivalente a la de quien, a partir de la verdad elemental de que toda la vida en la tierra procede en último término del sol, quisiera pasar por alto todas las mediaciones necesarias entre la energía solar y las distintas formas de vida.

1. *Constitución y ordenamiento*

Tal vez a muchos parezca superflua esta insistencia, pero modestamente creo que nunca está demás precisar, frente a Lassalle, que la Constitución no es simple papel mojado o, frente a Burdeau, que la Constitución no es todavía una idea pura que vague por las tristes playas del pasado.⁴ Porque, al hablar de derecho, hablamos, efectivamente, de Constitución. En un sentido muy lato, Constitución se identifica con orden jurídico concreto, con ordenamiento y, así precisamente, en el ordinamentismo italiano,⁵ que encuentra probablemente en esta identificación el mayor obstáculo para construir una teoría de la Constitución. Desde este punto de vista, podemos hablar ya de Constitución en términos jurídicos, pero todavía no cabe, sin embargo, hablar de la Constitución como fuente del derecho. En esta visión algo simplista, la Constitución jurídica es el derecho, la totalidad del ordenamiento, de donde se desprende la necesidad de recurrir a otro concepto metajurídico, el de Constitución material, frente al que ya antes hemos expresado nuestras reservas.

2. *La Constitución como sistema de las fuentes del derecho*

Más adecuadamente, la Constitución se nos presenta en Kelsen no como la totalidad del ordenamiento, sino como aquella parte de él que lo conecta con la hipótesis de donde deriva su validez y asegura su dinamismo. La Constitución es así esencialmente sólo la norma que establece la vía para el desarrollo y renovación del ordenamiento, garantizando su unidad.⁶ El objeto de la Constitución es, así, la regulación de los modos de producción del derecho.

⁴ Cfr. Burdeau, "Une survivance: la notion de constitution", *L'evolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, París, 1956.

⁵ Esta identificación se percibe muy claramente en Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9a. ed., Padua, 1975, pp. 24 y 22 y 312 y ss.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, la edición francesa de la *Reine Rechtslehre (La theorie pure du droit)*, París, 1962, p. 300.

Esta regulación de los modos de producción del derecho se opera mediante la atribución de competencias nomotéticas a distintos órganos del Estado, o incluso, en un ordenamiento complejo como el que resulta de nuestra Constitución, a entidades políticas distintas. Junto a esta atribución de competencias, como complemento y derivación necesaria, toda Constitución ha de establecer, además, de manera implícita o explícita, algunos principios estructurales básicos, algunas reglas formales que aseguren la armonía del conjunto. En la tradición occidental, estos principios estructurales, que nuestra Constitución recoge y sintetiza en el apartado 3o. del artículo 9o. —con algunas adiciones discutibles tales como las alusiones a la responsabilidad (*sic*) y a la seguridad jurídica, que no es principio, sino resultado— integran una parte fundamental de lo que la doctrina clásica llamaba Estado de derecho, que es, por ello mismo, una noción puramente formal, sobre cuyas insuficiencias no sólo políticas, sino directamente jurídicas, volveremos inmediatamente.

Sean cuales fueren las reservas frente al positivismo en general y al positivismo normativista kelseniano en particular, y las muy justificadas dudas que puedan albergarse respecto a la adecuación a la realidad de la trivializada imagen de la pirámide normativa,⁷ lo cierto es que esta idea de la Constitución nos sitúa ya en un terreno firme para entrar en nuestro tema. A partir de aquí, sí es ya posible hablar de la Constitución, si no como fuente de derecho, si por tal ha de entenderse la capacidad para establecer derechos o deberes o ambas cosas, sí como fuente sobre la producción del derecho,⁸ como disciplina de las fuentes del derecho.

Por supuesto que nuestra Constitución desempeña esta función, y, aunque no es éste nuestro tema, vale la pena detenerse un instante para ver el modo en que lo hace.

3. *Cambio constitucional y validez formal de la legislación anterior*

Es obvio que el texto constitucional español de 1978 no es el único que, en nuestro ordenamiento, establece esta disciplina, que tradicionalmente viene siendo hecha en el título preliminar del Código Civil. No voy a entrar en el análisis de esta regulación, que es el objeto concreto de otras conferencias de este ciclo, ni voy a intentar determinar las con-

⁷ Vid. observaciones al respecto en Huber, Hans, "Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung", *Verfassung*, pp. 307 y ss.

⁸ Cfr. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 300.

secuencias (a mi juicio, más bien perturbadoras) que esta dualidad de regulaciones, aunque no sean contradictorias, tiene para nuestra ciencia y para nuestra práctica del derecho. Sí quiero hacer en relación con esta función de la Constitución como fuente sobre la producción del derecho, como fuente de las fuentes, una muy concreta precisión, que me suscita un problema práctico, y que no está exenta, creo, de alguna trascendencia teórica.

Me refiero, muy concretamente, al valor invalidante que haya de atribuirse a las reglas constitucionales sobre el modo de producción del derecho, respecto de normas concretas que, sea cual fuere su contenido material, se han producido por cauces distintos de aquellas que la Constitución misma prevé. ¿Cabe afirmar la inconstitucionalidad de aquellas normas hasta ahora válidas y cuyo contenido no es contrario a la Constitución, pero que no tiene el rango que la Constitución preceptúa para el tratamiento normativo de esa materia o que, aun teniéndolo, se han producido por vías —*v.gr.*, la del decreto-ley— ahora excluidas? O, dicho aun de otra forma, ¿puede predicarse de las normas preconstitucionales una inconstitucionalidad formal del mismo modo y con los mismos efectos que cabe predicar de ellas una inconstitucionalidad material?

La cuestión, que dista mucho de ser académica, enlaza directamente con la función de la Constitución como fuente de las fuentes del derecho. Es obvio que, aunque la Constitución viene a insertarse en un ordenamiento preexistente, no se acomoda a él, sino que, por el contrario, lo fuerza a adecuarse a ella, de manera que puede decirse con exactitud y no como simple metáfora que la Constitución es base —o, si se prefiere, cúspide— del ordenamiento entero. Esta acomodación no implica, sin embargo, destrucción de todo lo preexistente. El cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino sólo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera sólo *ex nunc* y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución, no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que lo fueran conforme al sistema anterior. El ordenamiento, como el ave Fenix, renace con la Constitución.

II. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y LA DISTORSIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Pero, como ya antes apuntábamos, la noción positivista de Constitución que en cierto sentido culmina en Kelsen no puede ser considerada sino como un primer paso hacia nuestro tema. O, quizá más exactamente, porque la verdad surge más fácilmente del error que de la confusión, como un gran paso adelante, pero en dirección equivocada. La Constitución no es sólo una disciplina sobre las fuentes del derecho. Ella misma es y, con eso, entramos en el meollo de nuestra reflexión: fuente del derecho. De ella dimanán derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos, cuya relación se establece así como relación entre sujetos, como relación jurídica, y ello no porque el Estado sea encarnación de la idea germánica de libertad, sino porque la titularidad de la soberanía no le corresponde a él, sino al pueblo, es decir, para huir del riesgo de nuevas hipostizaciones, al conjunto de los ciudadanos.

Permítaseme un pequeño *excursus* sobre este tema, que no es en modo alguno accesorio, sino central en la reflexión sobre la función que a la Constitución corresponde como fuente del derecho.

La creación de la noción de Estado de derecho, su elaboración, la integración como parte de la misma del concepto de derecho público subjetivo y el establecimiento del elenco de estos derechos es, en su conjunto, una grandiosa obra del espíritu, cuyo mérito va sobre todo a la gran doctrina alemana del derecho público. Pero la admiración por la espléndida obra arquitectónica no debe impedirnos la apreciación de sus defectos y, sobre todo, no debe hacernos olvidar a qué otro gran edificio vino a sustituir y qué otras posibilidades vino a cerrar.

La idea de la personalidad del Estado, que es el eje de toda la gigantesca máquina, lleva necesariamente a la singularización de éste como titular de la soberanía. Esta pretendida objetivación del poder implica que se priva del mismo al monarca, pero implica también que se priva de él al pueblo. Se escamotea así la noción de soberanía popular y la de Poder Constituyente, y se arranca del Estado ya constituido. Las instancias concretas de poder son simples “órganos del Estado” y la relación entre éste y los ciudadanos será jurídica sólo en la medida en la que el Estado-soberano se autolimita por un acto libre de voluntad y les atribuya (o les reconozca, si se quiere; la fundamentación iusnaturalista nada pone ni

quita al fundamento real de su validez) un repertorio de derechos que les asegure un ámbito propio de libertad. Si lo hace, será Estado de derecho, y su Constitución, fuente de derecho en sentido propio; si no lo hace, su Constitución no será fuente de derecho, porque, al no imponer limitaciones al Estado, no engendra derechos para los súbditos, pero no por ello será menos Constitución.

Es evidente que la consecuencia de todo ello puede expresarse mediante una tautología: la Constitución es fuente del derecho si es fuente del derecho. Pero ni la tautología ni la contingencia ofrecen base para el conocimiento científico; al menos, fuera de las ciencias puras, como la matemática y la lógica.

Si hemos de ocuparnos de la Constitución como fuente del derecho, tenemos que comenzar por determinar si esa nota es o no esencial al concepto mismo de Constitución: si la condición de ser fuente de derecho es cosa que acaece a unas Constituciones, pero no a otras.

Si el hecho de que una Constitución en concreto, y en este caso la nuestra, sea fuente del derecho ha de ser algo más que mero resultado de la coyuntura, es decir, del azar, tenemos que buscar una base menos falible; esa base existe y es necesaria si desde el derecho queremos asegurar una fundamentación firme a la libertad.

Casi basta para ello con no dar por supuesto lo que no puede ser dado por supuesto; con no eludir la gran cuestión que la publicística alemana eludió. Puede darse por supuesta la existencia del Estado, de la comunidad política, puesto que fuera de ella carece de sentido la indagación jurídica, pero no puede eludirse la cuestión básica de la titularidad del poder mediante su atribución a la "persona ficticia" hobbesiana.

Si se opera así, si se parte de la idea de soberanía popular o, si se quiere, de la idea de Poder Constituyente, para subrayar el carácter germinal, no sólo en el tiempo, que es lo de menos, sino sobre todo, en el orden lógico, de este poder, la incardinación en la Constitución de los derechos ciudadanos, y de los deberes del poder, o lo que es lo mismo, la afirmación de la Constitución como fuente del derecho, adquiere una firmeza granítica. La consideración del pueblo como titular único de la soberanía fuerza, como es obvio, a atribuirle el Poder Constituyente. De la Constitución, que es su obra, derivan todas las instancias concretas de poder que son, por ello, poderes constituidos. No sólo se trata ya de que el haz de facultades que cada uno de ellos puede desplegar esté pre-

constituido, sea limitado, sino, y esto es lo fundamental, de que esta limitación no resulta de un acto libre de esas instancias concretas de poder o del Estado, del que son órganos, sino de la relación de dependencia en que esos órganos se encuentran respecto del pueblo. Esta dependencia no puede ser asegurada si el pueblo no se reserva para sí, esto es, para cada uno de los individuos que lo integran, un repertorio de derechos, un ámbito de libertad que haga posible el ejercicio real de ese control, y no estructura el poder de manera que el control tenga probabilidades de eficacia.

La declaración de derechos y su garantía deja de ser así un añadido de la Constitución, para pasar a ser su núcleo, y las libertades que esa declaración consagra cumplen ya una muy otra función. Su razón de ser no está ya en servir a “la libertad de los modernos”, sino en asegurar “la libertad de los antiguos”. No se persigue con ella operar la escisión entre el hombre y el ciudadano, asegurar la separación de Estado y sociedad (que es resultado y no finalidad), sino hacer posible que el hombre sea ciudadano; garantizar que la sociedad no sea del Estado, sino el Estado de la sociedad.

En la noción clásica del Estado de derecho, se llegaba por necesidad a una separación tajante de los derechos civiles y de los derechos políticos, cuyo reconocimiento no era imprescindible para la existencia del *Rechtsstaat*. Esta distinción, a la que se superpone la distinción aún más grave entre lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente accesorio, entre Constitución material y formal, o entre Constitución y leyes constitucionales es, desde nuestro punto de vista, absolutamente insostenible. Derechos civiles y derechos políticos se implican recíprocamente. Son cada uno de ellos condición de posibilidad de los demás y sólo cuando coexisten y están garantizados cabe hablar de la Constitución como fuente del derecho, o más simplemente, hablar a secas de Constitución.⁹

III. EL CONCEPTO CLÁSICO DE CONSTITUCIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO

Esta idea de Constitución, de la que son notas esenciales la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, es la idea primigenia que se expresa en el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de

⁹ Sobre la conexión de derechos civiles y políticos en la originaria concepción burguesa de la Constitución, *vid.* Habermas, J., “*Naturrecht und Revolution*”, *Theorie und Praxis*, Neuwied y Berlin, 1963.

1789. Desechada por la Escuela Positivista por aparentes exigencias de una supuesta pureza metódica, fue realmente víctima de una cruda conveniencia política y cayó en aras del principio monárquico. No fue en realidad la necesidad de depurar la teoría del Estado de elementos metafísicos, sino la imposibilidad de acoger en la realidad germánica del siglo XIX el principio de soberanía popular, lo que obligó a relegar esas dos notas al limbo de lo metajurídico y a construir una noción de Constitución en la que ésta no tenía más componente necesario que el de la disciplina sobre la producción del derecho, lo que en términos latos se llama la parte orgánica,¹⁰ por lo que quedaba, en consecuencia, la parte dogmática, la declaración de derechos, como un añadido, un anexo sin el cual no cabe hablar de un Estado como Estado de derecho, pero sí hablar de Constitución.

Esta construcción que desde Prusia se extiende por todo el globo y ha permitido cobijar con el nombre de Constitución (un nombre y una idea por los que morirían muchos hombres en el siglo XIX) a cualquier ordenación de la vida jurídico-política de una sociedad, no ha penetrado nunca en los países anglosajones¹¹ y parece hoy afortunadamente en refluxo. Por Constitución entendemos aquí y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las “Constituciones” napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional.¹²

¹⁰ Sobre el trasfondo político y social del positivismo alemán, *vid.* Oertzen, Peter von, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Francfort, 1974. Una crítica aguda de este concepto, en Heller, H., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, y, sobre todo, en *Die Souveränität*, recogido ahora en *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971.

¹¹ Muy expresiva a este respecto es la resistencia de varios Estados miembros de la Federación norteamericana (especialmente el de Nueva York) a ratificar el texto constitucional aprobado en el Congreso de Filadelfia en tanto que no se agregara al mismo una Declaración de Derechos. La promesa de Madison de colmar esta laguna dio origen a las diez primeras enmiendas, sin las cuales, afirmó un representante de Massachussets, no cabía hablar de “contrato entre el Gobierno y la Nación”, es decir, entre Estado y sociedad. *Cfr.* Taylor, A., *The Origins and Growth of the American Revolution*, Boston, 1911, pp. 224 y ss.

¹² *Cfr.* Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, reimp. de la 5a. ed., Kronberg, 1976, p. 525.

No es necesario partir, para llegar a esta afirmación, de ningún supuesto iusnaturalista. Más bien requiere presupuestos de esta índole la afirmación contraria. Una comunidad de hombres libres, es decir, simplemente de hombres considerados en cuanto tales, es una comunidad de iguales y sólo así puede constituirse. La verdad es tan vieja al menos como Aristóteles, que hace arrancar de aquí, en el libro I de la *Política*, su distanciamiento frente a Platón.¹³ Y, además de no ser necesaria, la fundamentación iusnaturalista es inconveniente. Para sintetizar un brillante trabajo de Häberle,¹⁴ esa fundamentación debe ser rehuída por las siguientes razones, entre otras: por la inevitable vinculación histórica entre iusnaturalismo e individualismo radical; por la inevitable fragmentación que cualquier fundamentación iusnaturalista opera en el concepto de Constitución, en el que obliga a distinguir una parte que es de derecho natural de otra que es de simple derecho positivo; por la dificultad que, desde punto de vista iusnaturalista, se encuentra para justificar la evolución constitucional y arbitrar vías adecuadas para ello y, en general, para conectar Constitución y opinión, e integrar en la idea de Constitución el principio esperanza.

Está claro que con esto no se intenta desvalorizar la función histórica de derecho natural, cuyo residuo indubitado, la idea de dignidad de la persona, considera necesario el propio Häberle como un último reducto para los tiempos de crisis. Lo que se pretende es, simplemente, despojar el concepto de Constitución que utilizamos de toda connotación perturbadora.

El análisis de estas cuestiones nos llevaría, sin embargo, demasiado lejos de nuestro tema, al que es necesario volver. Bástenos ahora la conclusión de que la Constitución, toda Constitución que pueda ser así llamada, es fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y de obligaciones y no sólo fuente de las fuentes.

IV. TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS MATERIALES DE LA CONSTITUCIÓN

Vemos ahora en qué forma realiza la Constitución en general y la Constitución española, en particular, esta función sin la cual no es tal.

¹³ *Política*, Madrid, IEP, 1951, libro I, capítulo I, 1252 a y b.

¹⁴ "Verfassungstheorie ohne Naturrecht", publicado originariamente en el *Archiv des oeffentlichen Rechts*, núm. 99, 1974 y recogido en *Verfassung*, pp. 418-454.

Algún camino se ha andado desde que Pellegrino Rossi, en sus Lecciones de la Sorbona, caracterizara las normas materiales de la Constitución, es decir, precisamente aquéllas mediante las que la Constitución crea derecho, como *têtes de chapitre* de todo el ordenamiento. Poco más es lo que acerca de su estructura formal cabe hoy decir cuando se intenta una caracterización de conjunto, y es forzoso seguir refiriéndose a ellas como normas en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas que, si permiten una larga permanencia del texto en el tiempo, lo consiguen sólo a costa de mermar sus posibilidades de aplicación inmediata.¹⁵

Una caracterización más precisa de estas normas mediante las que la Constitución se nos presenta no ya como una organización de las fuentes, sino como fuente plena del derecho, se consigue sólo si, a partir de su diversidad, se establece una tipología, que, fijando homogeneidades, permita alcanzar algunas conclusiones en cuanto a su aplicación concreta. El riesgo de este modo de proceder reside, claro está, en la posibilidad de que por esta vía se llegue a una fragmentación de la Constitución que pierda de vista el sentido de su unidad. La necesidad de correr este riesgo que, una vez conocido, será sin duda menor, se percibe en cuanto se aborda la tarea de analizar cualquier texto constitucional, y por supuesto el español, cuya riqueza de formas llega en algún momento a la exuberancia tropical.

Como manifiestamente, por todo género de razones, una simple enumeración carecía de sentido y un estudio en profundidad, o ni siquiera superficial, de todas las normas materiales de nuestra Constitución estaba fuera de mi alcance, voy a intentar sólo una tipología adecuada de las mismas, aunque sólo sea para contraponerlas a otras más en uso y que no sólo me parecen defectuosas técnicamente, sino, lo que es más grave, preñadas de peligros para nuestro sistema constitucional.

Yo hubiera querido hacer obra original, adecuada a nuestra Constitución y a nuestras necesidades. Mis propias limitaciones y los eternos imponderables a que está sujetos los hombres; sobre todo, si son españoles, la carga de trabajo que sobre algunos funcionarios ha echado el advenimiento (para mí gozoso como español, como funcionario y como constitucionalista) del régimen constitucional, me han obligado, como en tantas ocasiones, a utilizar modelos extranjeros.

¹⁵ Cf. Huber, "Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung", y literatura allí citada.

De los conocidos, dos hay que me parecen especialmente relevantes.

Hans Huber, el conocido maestro suizo, divide todo el contenido constitucional en normas atributivas de competencia, directrices al legislador, normas orgánicas, normas declarativas de derechos fundamentales y normas limitativas del ejercicio de estos derechos.¹⁶ Aunque la doctrina que respecto de la concreción e interpretación de las normas constitucionales se deriva de esta clasificación no es poca, tiene para nuestros fines dos defectos básicos. En primer lugar, y como es evidente, el de que abarca todo el contenido de la Constitución y no sólo aquél que aquí nos interesa, es decir, el integrado por normas materiales que no tienen por objeto la organización del poder y la disciplina de las fuentes del derecho, el simple condicionamiento formal de todo el ordenamiento. En segundo lugar, el de que, al haberse construido sobre una Constitución de estructura antigua, aunque de contenido frondosamente renovado, no deja lugar para buen número de enunciados frecuentes en el constitucionalismo moderno y en cuyo uso nuestra Constitución no es, ciertamente, parca.

Más ajustado a nuestras necesidades me parece por eso un esquema taxonómico ofrecido recientemente por Scheuner, que elude las dos inadecuaciones antes indicadas y del que puede partirse con confianza para orientarse en la intrincada estructura de nuestra Constitución.¹⁷

1. *Derechos fundamentales*

Menciona Scheuner, en primer lugar, las normas que declaran los derechos fundamentales, es decir, los derechos que protegen al ciudadano (más exactamente, al hombre) frente al poder y que son, en consecuencia, fuente inmediata de derechos. Aunque el sentido de estas normas ha cambiado en nuestro tiempo, de manera que no se las entiende ya sólo como garantía de un ámbito de libertad del individuo, sino también como fundamentación de *status* y como elementos estructurales básicos del derecho objetivo, es evidente que su contenido primario sigue siendo el original, y que ellas constituyen la parte más importante de la Constitución como fuente del derecho.

La incorporación de estas normas en nuestra Constitución está hecha en términos tan amplios y completos que bien puede decirse que no hay

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ "Staatszielbestimmungen", *Festschrift für E. Forsthoff zum 70 Geburtstag*, recogido en *Verfassung*, pp. 329-335.

ninguna otra que la supere y que podamos limitar nuestro estudio a sólo ellas, prescindiendo de las contenidas en las declaraciones internacionales sobre la materia ya incorporadas o en vías de incorporarse a nuestro derecho.

La riqueza del contenido no se corresponde, desgraciadamente, con una igual claridad en su concepción.

El tratamiento de este tipo de normas en nuestra Constitución no responde, aparentemente, a ninguna teoría bien establecida o, al menos, no es fácil percibir cuál sea esta teoría a partir de la normativa constitucional, tras cuya sistematización y cuya terminología parece adivinarse a veces un regateo político ligeramente miope. Al fluctuante uso de las expresiones “derechos” a secas (que se utiliza en la rúbrica del capítulo segundo del título I y en la de la sección segunda del mismo capítulo) y “derechos fundamentales” (que se emplea para rubricar su sección primera y aparece de nuevo en el capítulo tercero del título y en el muy importante artículo 81) se une la inexplicable reducción a los ciudadanos de los derechos recogidos en la sección segunda antes mencionada y, sobre todo, la falta de precisión en el uso de la contraposición entre derechos y “libertades públicas”, sintagma de origen desgraciado y, a mi juicio, de muy dudosa corrección e incluso utilidad.

Comencemos, para comenzar por algún sitio, por esta contraposición.

En la doctrina francesa, la contraposición entre libertades públicas y derechos es, simplemente, la contraposición entre derechos de libertad y derechos de prestación o, si se quiere y más concretamente, entre derechos que la Constitución atribuye al ciudadano sin perjuicio, en su caso, de la regulación que de ellos pueda hacer el legislador y derechos que sólo adquirirá el ciudadano cuando el Estado, acatando el mandato constitucional, cree las instituciones y los servicios públicos necesarios para su ejercicio real. Si se quería ser fiel a esta categorización renunciando al mismo tiempo a una separación formal de los derechos y las libertades, no se percibe la razón por la que, junto al derecho a la educación (artículo 27), que es un típico derecho de prestación, no se han incluido en esta sección primera otros derechos del mismo género, y que para nuestra sensibilidad formal son también fundamentales, como el derecho al trabajo (artículo 35), que aparece en la sección segunda, o el derecho a un sistema de seguridad social (artículo 41), que se recoge en el capítulo tercero.

Tampoco es clara la razón por la que no se incluye entre las libertades la de casarse (artículo 32), que es, cuando menos, tan pública como el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18), o la libertad de empresa (artículo 38). Desde luego, la separación no puede deberse al hecho de que estas libertades estén reservadas sólo a los ciudadanos, como la rúbrica de la sección segunda parece sugerir, pues el artículo 13, apartado 1o., no hace a este respecto distinción alguna entre los distintos preceptos que integran el título.

La única razón discernible (y hasta plausible) para la distinción de dos secciones del capítulo segundo es la del distinto tratamiento que a ambas se da en el artículo 53, que regula sus garantías, concediendo para la tutela de los derechos incluidos en la sección primera un procedimiento judicial basado en los principios de preferencia y sumariedad (el amparo judicial) y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en tanto que los de la sección segunda quedan protegidos simplemente por la jurisdicción ordinaria. Esta distinción técnica, plausible como decimos en sí misma, forzaba seguramente a la división del capítulo en secciones, pero también a una distinción formal entre libertades que, como nacidas de la Constitución, son inmediatamente exigibles, y derechos, que, por carecer de inmediatidad, no pueden ser invocados en ausencia de una ley, y esta distinción formal, como ya queda dicho, no se ha efectuado. La técnica se venga, no obstante, de quienes se obstinan en ignorarla y el artículo 27, o al menos parte importante de su contenido, seguirá siendo distinto de los que lo rodean y con los que se le ha querido igualar.

Todos los derechos y libertades son objeto de una reserva de ley (artículo 53, apartado 1o.), reforzada tanto formal (artículo 81) como materialmente (artículo 53, 1o.). La configuración de la reserva de ley suscita también algunos problemas y utiliza una técnica extremadamente compleja a los que es necesario dedicar algunas palabras.

En primer lugar, y en lo que se refiere exclusivamente al reforzamiento formal de la reserva de ley, es decir, a la exigencia de que la regulación legal de los derechos y libertades se haga mediante ley orgánica, nos topamos con una fórmula que evidencia la inseguridad de la terminología empleada y que ha dado ya origen a ciertas confusiones. No me refiero, claro está, aunque se haya hecho uso de ella, a la improbable diferencia entre leyes reguladoras del ejercicio de los derechos y leyes relativas al desarrollo de los derechos, pues no se trata de caer en los extremos del

casuismo sutil. El problema a que me refería, conectado con lo que decía hace unos instantes, es el que surge de la contraposición entre la expresión “derechos [a secas] y libertades”, de una parte, y derechos fundamentales y libertades públicas, de la otra. La primera de estas expresiones, utilizada en el apartado 1.º del artículo 53, engloba todo el contenido del capítulo segundo del título I; la segunda, que es la que emplea el artículo 81, coincide con la que sirve de rúbrica a la sección primera de ese capítulo, es decir, aquélla cuyo contenido recibe la tutela especial del doble amparo judicial y constitucional. La naturaleza de las normas incluidas en ambas secciones obliga a entender que sólo respecto de las incluidas en la sección primera opera la reserva de la ley orgánica, pero con ello queda claro, de una parte, que el enunciado del capítulo cuarto, que habla de libertades y derechos fundamentales, carece de sentido y, sobre todo, se llega al resultado paradójico de dejar a la ley no orgánica (no me atrevo a decir ley ordinaria porque no estoy seguro de que la ley orgánica no lo sea) el desarrollo del artículo 14, que básicamente enuncia un principio estructural del ordenamiento al que toda ley debe ajustarse, pero que puede dar lugar también, como es sabido, a leyes específicas.

El reforzamiento material de la reserva de ley se opera, a su vez, mediante la fórmula, procedente del artículo 19 de la Constitución de la Alemania Federal, que establece, como límite infranqueable para el legislador, el de “contenido esencial de los derechos y libertades”. Como es evidente, éste es un concepto jurídico indeterminado, muy alejado de nuestras tradiciones y cuya determinación por el juez constitucional es tarea nada simple y que arroja sobre los integrantes de nuestro futuro Tribunal Constitucional una carga tremenda de responsabilidad. La inmensa literatura producida en Alemania sobre el tema debería estar ya siendo, pienso, objeto de una atención muy especial por nuestros juristas,¹⁸ a los que la Constitución obliga, por esta y por otras vías, a germanizarse.

Y, por último, para concluir con este tema, una observación que nos permitirá enlazar con el siguiente. Según el artículo 53, los derechos y libertades enumerados en el capítulo segundo del título I vinculan a todos los poderes públicos, en tanto que los principios rectores del capítulo ter-

¹⁸ Además de los numerosos y excelentes comentarios, son básicos Häberle, P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2 Grundgesetz*, 2a. ed., 1972, y Hippel, E. von, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, 1965.

cero no hacen sino “informar la legislación positiva, la práctica judicial [sea lo que fuere lo que esto significa] y la actuación de los poderes públicos”. Prescindiendo de la gloriosa inconcreción del verbo *informar* y de la curiosa redacción, que nos fuerza a concluir que el Poder Legislativo y el Judicial no son poderes públicos, el precepto en cuestión incurre en el grave defecto de entender que los preceptos que no dan lugar a una acción ante los tribunales no son vinculantes, y ciertamente no es éste el caso. En ningún sector del ordenamiento y menos que en ningún otro en el derecho constitucional. Aunque la lectura de este precepto aún se prestaría a otras consideraciones, no quiero detenerme más en ello. Lo que sí me interesa subrayar es que esa distinción entre la fuerza vinculante y la fuerza informativa es simplemente un modo expresivo, aunque torpe, de apuntar a la existencia en la Constitución de otras clases de normas materiales, no orgánicas ni atributivas de competencia, que tienen una estructura distinta a las que establecen el repertorio de los derechos fundamentales propios, y cuyas consecuencias jurídicas son, por tanto, muy otras.

2. *Garantías institucionales*

Volvemos con ello a la tipología de Scheuner, que recoge, en segundo lugar, las *garantías institucionales*, es decir, aquellas normas que persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, cuyo mantenimiento no engendra derechos subjetivos en favor de los individuos, pero cuya erosión sí viciaría de inconstitucionalidad cualquier ley, y ésta es sin duda la consecuencia que más ha de tenerse en cuenta.

Aunque es cierto que, como señaló hace años Carl Schmit,¹⁹ en virtud de la objetivación, por así decir, de los derechos fundamentales, a que antes aludíamos, ha disminuido la diferencia antes existente entre estos dos tipos de normas, estas diferencias subsisten y conviene tenerlas presentes, entre otras cosas y muy concretamente, para valorar la medida en que el contenido de algunos derechos cambia precisamente al aproximarse su naturaleza a la de las garantías institucionales.

Normas que recogen garantías institucionales en nuestra Constitución, son, por ejemplo, las que consagran la autonomía de determinadas insti-

¹⁹ Schmitt, Carl. “Freiheitsrechte und institutionelle Garantie der Reichsverfassung”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1956.

tuciones como las Universidades (artículo 27, apartado 10), o los municipios y provincias (artículo 137) o la protección a la familia (artículo 39) o el sistema competitivo para el acceso a la función pública (artículo 103, apartado 3o.), etcétera. Estas normas fijan límites a la acción del legislador, pero no engendran derechos subjetivos y hasta pueden limitarlos. Como en el caso de los derechos fundamentales, no podemos detenernos ni en su enumeración completa ni, menos aún, en su análisis en profundidad. Quisiera sólo hacer algunas ligeras consideraciones sobre el debilitamiento en nuestra Constitución de ciertos derechos clásicos por su aproximación a esta otra categoría de las garantías institucionales. Aunque en otros sistemas esta cuestión se ha planteado con referencia a otros derechos,²⁰ yo voy a referirme sólo a dos, cuya erosión por el inicio, cuando menos, de un proceso que lleva a su transformación en garantías institucionales me parece patente.

Uno de ellos es, claro está, el derecho de propiedad. Expulsado de la sección primera del capítulo segundo del título I, seguramente por la dificultad técnica de tutelarlos mediante el amparo, este derecho, que antes solía ser entendido como base o poco menos de todos los demás, ha dejado de ser entre nosotros, desde el punto de vista técnico, un derecho fundamental. Por si ello fuera poco, y esto es lo que ahora interesa, en lugar de dejar su contenido, como solía hacerse, a la conciencia social y a la ley ordinaria, preservándolo así como derecho subjetivo, se precisa que éste será delimitado, no simplemente limitado, “por su función social”, enunciado que abre un amplio horizonte de posibilidades, sobre cuya conveniencia o inconveniencia no es hora de pronunciarse.

Otro derecho clásico disminuido, en mi modesta opinión, por la aproximación a la fórmula de la garantía institucional, es el de asociación con fines políticos. Ciertamente el artículo 22 consagra el derecho de asociación en términos muy amplios y excluye su control preventivo; pero, además, existe el artículo 6o., el cual, al configurar a los partidos políticos como modos de expresión del pluralismo político, al institucionalizarlos, les impone la condición, que no se exige de otros tipos de asociaciones (aunque sí de los sindicatos y de los colegios profesionales) de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos, y esta exigen-

²⁰ Vid. las sentencias del Tribunal Constitucional federal cit. por Scheuner, “Staatszielbestimmungen”, pp. 337 y 338.

cia abre, como es obvio, algunas posibilidades técnicas de control preventivo para este género de asociaciones.

Es evidente que no estoy juzgando las transformaciones o, más exactamente, las posibilidades de transformación de derechos clásicos que su institucionalización comporta. Me limito a subrayar el hecho de que las diferencias estructurales entre la declaración de un derecho y el establecimiento de una garantía institucional son profundas y tienen muy trascendentes consecuencias.

3. *Mandatos al legislador*

Un tercer tipo de normas de las que ofrece nuestra Constitución un abundante repertorio es el integrado por aquéllas que contienen *mandatos al legislador*. Se trata de preceptos que prevén la emanación de normas indispensables para completar la estructura prevista en la Constitución (por ejemplo, la ley electoral —artículo 68— o la ley orgánica de las distintas formas de referéndum —artículo 92—, etcétera), pero sobre todo del mandato de promulgar leyes indispensables para el ejercicio de determinados derechos; sobre todo, de derechos de prestación (por ejemplo, al trabajo —artículo 35—, a la salud —artículo 43—, etcétera), pero también a otros géneros de derechos, próximos a los de libertad (por ejemplo, la objeción de conciencia —artículo 30—, la igualdad jurídica de los hijos con independencia de su filiación y la investigación de la paternidad —artículo 39—, etcétera). Se trata de algo bien distinto de la reserva de ley, mediante la cual se atribuye sólo al legislador la facultad de limitar o simplemente de regular el ejercicio de los derechos fundamentales que nacen de la propia Constitución y cuyo ejercicio, en consecuencia, no ha de aguardar a la promulgación de ley alguna, aunque éstas, si existen, puedan regularlo.

En nuestra Constitución, estos mandatos aparecen en muchos casos, según acabo de indicar, en el título I, mezclados, incluso en las mismas secciones, con enunciados de derechos. La mezcla me parece lamentable porque, sin hacer más eficaces los derechos que sólo mediatamente pueden surgir de los mandatos al legislador, debilita, en cambio, ante los ciudadanos y quizá ante los jueces, la imagen de los derechos que, sin mediación alguna, brotan de la Constitución.

Los mandatos al legislador son fuente del derecho objetivo e imponen obligaciones, pero su eficacia para engendrar también derechos subjeti-

vos correlativos de estas obligaciones depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar estas leyes sin las cuales se frustra el ejercicio real de derechos contenidos *in nuce* en la Constitución. No se trata, claro está, de que el juez pueda ordenar al legislador la emanación de una norma concreta, posibilidad excluida en cualquier sistema y reforzada en el nuestro por la "inviolabilidad" de las Cortes, sino de que el juez considere inconstitucional la omisión del legislador y considere en consecuencia ilegítimas situaciones o relaciones que no se habrían consolidado, si no hubiere existido tal omisión. En la jurisprudencia constitucional contemporánea, especialmente la alemana, se encuentran muy interesantes ejemplos de actuaciones de este género, referidas en todos los casos a situaciones en las que el incumplimiento por el legislador del mandato constitucional conduce a una lesión del principio de igualdad.²¹

4. Principios fundamentales y fines del Estado

Por último, hay que referirse a la presencia en nuestra Constitución de un no escaso número de preceptos que integran otra categoría distinta. Son aquéllos que frecuentemente a través de la definición incorporan *principios fundamentales* del orden jurídico-político o *establecen finalidades concretas* (o menos concretas) a la acción estatal. El concepto de Estado social y democrático de derecho que recoge el artículo 1o. es ejemplo destacado de esa positivación de principios fundamentales, que, si no da lugar a derechos judicialmente exigibles, no tiene por ello menos importancia, en cuanto que constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por alto y cuyo propio carácter "doctrinal", si vale la expresión, dota de una elasticidad profunda a la Constitución cuyo contenido puede así acomodarse al cambio histórico y social.

Un valor jurídico próximo al de los principios fundamentales tienen las normas que asignan fines determinados a la acción estatal. Lo que nuestra doctrina ha llamado durante mucho tiempo, siguiendo una terminología que se inicia en los Comentarios a la Constitución de Weimar, *normas programáticas*, denominación no del todo inadecuada, pero no poco desvalorizadora. Porque está claro que estos preceptos que en esa denominación aparecían fundidos con los que hemos llamado mandatos

²¹ Vid. sentencias en *ibidem*, p. 340.

no originan inmediatamente obligaciones exigibles ante los tribunales de justicia, aunque también puedan resultar de ellos, mediatamente, derechos sociales; pero, si imponen una obligación a todos los poderes públicos, sí los *vinculan*, aunque el artículo 53 diga otra cosa, y, sobre todo, obligan al juez a la hora de interpretar cualquier otra norma. Se trata de fines que la Constitución, como fundamento del Estado, asigna a éste y, en consecuencia, toda norma o toda decisión que de la voluntad estatal emane ha de ser entendida como aproximación a estos fines e interpretada en consecuencia. No voy a intentar, ni siquiera por vía de ejemplo, una enumeración de estos preceptos teleológicos que constituyen la mayor parte de los que integran el capítulo tercero del título I, cuya rúbrica sí es un acierto de nuestros constituyentes (De los principios rectores de la política económica y social), pero de los que hay ejemplos muy destacados en otros lugares de la Constitución; especialmente, en el título preliminar, cuyo artículo 9o., apartado 2o., pertenece a este género y es, sin duda y a pesar de sus defectos de redacción, una de las piezas claves de toda la arquitectura constitucional.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Para terminar esta conferencia, que no es en definitiva sino una toma de posición y la exposición de un posible programa para el análisis de la Constitución como fuente del derecho, quisiera hacer simplemente algunas leves reflexiones sobre el tema que, imitando el célebre título de Bachof, podríamos denominar de los jueces y la Constitución.

Aunque no todas las normas constitucionales engendran, como acabamos de ver, derechos exigibles, la Constitución como fuente del derecho no se reduce a la declaración de derechos fundamentales. Es toda ella fuente del derecho y como tal ha de ser tomada y utilizada. En nuestra tradición, el Tribunal Supremo no ha pasado de utilizarla como un criterio de interpretación y sólo en el ámbito del derecho penal,²² y ésta es una utilización alicorta e insuficiente aunque, como repetidamente he señalado, ninguna norma debe interpretarse aislándola de la Constitución. Al juez corresponde, sin embargo y sobre todo, la tutela de los derechos

22 *Cfr.* sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 30 de junio de 1862, 24 de abril de 1871, 10 de febrero de 1872, 10 de febrero de 1873, 12 de diciembre de 1874 y 8 de diciembre de 1888. Sobre la incompetencia del juez ordinario para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes, *vid.* sentencias de 28 de diciembre de 1915, 23 de diciembre de 1935 y 3 de octubre de 1959.

fundamentales que brotan inmediatamente de la Constitución, y esta tutela la tiene incluso frente al legislador. Recurriendo ante el Tribunal Constitucional cuando éste exista y erigiéndose pura y simplemente en defensor de la constitucionalidad mientras no exista. En la aparente contradicción entre el artículo 163, que reserva al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes, y el apartado 3o. de la disposición derogatoria de la Constitución, no me parece que quepa duda alguna sobre la primacía de esta última norma. En todo momento, puede el juez ordinario inaplicar, por entenderla constitucionalmente ilegítima, una norma cualquiera de rango infralegal, y, mientras el Tribunal Constitucional no exista, está obligado también a inaplicar las normas de rango legal que entienda incluidas en la cláusula derogatoria genérica a que antes me he referido. El ejemplo que, dentro del ámbito de la administración, han dado la Circular del Tribunal Económico Administrativo Central sobre la sanción subsidiaria de prisión por infracciones de contrabando²³ o la instrucción de la Dirección General de los Registros sobre autorización del matrimonio civil sin indagación de las ideas religiosas de los contrayentes²⁴ debe extenderse a otros ámbitos del poder.

La aprobación de un texto constitucional no es todavía más que una hipótesis de Constitución. La Constitución será una realidad viva cuando todos la hagamos eficaz y a los jueces corresponde sobre todo la noble tarea de dotarla de eficacia y a ellos incumbe su interpretación. Que las normas constitucionales han de ser objeto de una interpretación fundamentalmente teleológica es cosa que ya explicó Leibholz hace años en un trabajo que sigue siendo ejemplar²⁵ y que además impone felizmente el artículo 3o. de nuestro Código Civil.

La interpretación teleológica de las normas constitucionales exige, sin embargo, que, junto a la finalidad de la norma, se tenga en cuenta el *telos* de la Constitución, y éste, como he intentado demostrar antes, es la creación y mantenimiento de un orden abierto, de una sociedad abierta, en donde la voluntad popular no tiene otras limitaciones que las de mantener abiertas todas las posibilidades. Ello impone, como es claro, el respeto

²³ Circular del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 12 de diciembre de 1978, por la que se dictan normas relativas a la sanción subsidiaria de prisión por infracciones de contrabando.

²⁴ Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 312, de 30 de diciembre de 1978) sobre autorización del matrimonio civil sin indagación de las ideas religiosas de los contrayentes.

²⁵ Leibholz, "Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht" publicado inicialmente *Blätter für Deutsche Philosophie*, 1931 y recogido en *Verfassung*, pp. 13-31.

total a la dignidad de la persona y a su libertad, que todo orden cerrado niega. El *telos* de la Constitución es la posibilidad de la alternativa, la habilitación de procedimientos que aseguren al disidente el camino de la mayoría. Sólo por ese camino se alcanza una convivencia democrática, es decir, una convivencia en la justicia y la paz que es el fin supremo del derecho y, por eso, el *telos* inmediato de su expresión más alta, de la Constitución.