

DERECHO CONSTITUCIONAL (*)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

El libro objeto de este comentario, un *Precis* cuya segunda edición aparece apenas un año después que la primera, es obra colectiva de un grupo de profesores (P. Gaia, R. Ghevontian, J. L. Mestre, O. Pfersman, A. Roux, G. Scoffoni) encabezado por L. Favoreu, cada uno de cuyos miembros, sin perjuicio del esfuerzo común, ha asumido la redacción de partes concretas, según se indica en el Prefacio, en nota a pie de página. Pero es mucho más que eso; es, en el mejor sentido de la palabra, obra de escuela. Una escuela definida geográficamente porque la mayoría de sus miembros desarrollan o han desarrollado su actividad en la Universidad de Aix-en-Provence, a la que Louis Favoreu, cabeza de esa escuela y bearnés de origen, ha estado vinculado desde el momento mismo de su acceso al profesorado. Pero definida sobre todo por la unidad de propósito; por el empeño, perseguido con una tenacidad admirable, de renovar el estudio del Derecho Constitucional en Francia, aproximándolo al modelo que, sin perjuicio, de peculiaridades nacionales, se sigue en el resto de los países de nuestro entorno. El marco específico de esta empresa renovadora ha sido el Grupo de Estudios e Investigaciones sobre la Justicia Constitucional (GERJC en sus siglas francesas) que el CNRS mantiene en la Universidad de Aix, editor del *Annuaire International de la Justice Internationale* y de muchas monografías excelentes y cuya Mesa Redonda anual se ha convertido en lugar de encuentro obligado para constitucionalistas de todo el mundo.

Como la *Revue Française de Droit Constitutionnel*, el *Precis* es un paso más, aunque importante, en esta empresa de largo aliento, orientada por una idea del «Derecho Constitucional» que se expone con vigor en el Prefacio fir-

(*) L. FAVOREU y otros: *Droit Constitutionnel* (2.ª ed.), Dalloz, Paris, 1999, 930 págs.

mado por Favoreu y que parece razonable considerar como una especie de manifiesto de la Escuela. No se trata de una idea original o singular, puesto que la compartimos otros muchos constitucionalistas del mundo entero, pero que en Francia (como en España) encuentra todavía resistencias que explican el tono polémico de la exposición.

Esa idea compartida del Derecho Constitucional es simplemente la de entender «el Derecho Constitucional como Derecho», para emplear los términos que E. García de Enterría utilizó entre nosotros, hace ya muchos años, al resumir en el título el contenido de un artículo producido en el seno de una polémica análoga a la que todavía alienta en Francia y está en España quizás sólo adormecida. Como se precisa en el Prefacio, los autores del libro (y con ellos seguramente todos los miembros de la escuela *aixoise*), no desdeñan las aportaciones de la Ciencia Política al conocimiento de la vida del Estado, pero no pretenden competir con ella, ni creen que la labor propia del jurista pierda importancia, ni en términos absolutos ni en términos relativos, por su renuncia a enfrentarse con problemas que no quepa plantear y eventualmente resolver con categorías jurídicas. Son por ello prueba viva de que Vedel acertó al afirmar que los constitucionalistas franceses han dejado de avergonzarse de ser juristas. Juristas que se centran en el análisis del derecho positivo propio y que utilizan el derecho comparado del mismo modo que se utiliza en otras disciplinas jurídicas, como instrumento para comprender mejor y eventualmente criticar las soluciones institucionales y normativas del derecho interno, pero que no cultivan ya ese comparatismo reducido a la exposición en paralelo de diversos sistemas más o menos constitucionales, que en Francia (como en España) ha venido consumiendo durante muchos años el tiempo y los esfuerzos de profesores y alumnos.

No hay sólo, sin embargo, un cambio de enfoque, sino también una redefinición del objeto de estudio. No niega la escuela de Aix que el Derecho Constitucional haya de ocuparse de los procedimientos estatuidos para la adquisición, el ejercicio y la transmisión del poder, según la conocida definición de Burdeau, pero entienden que este campo temático no agota ya el ámbito propio de esta disciplina (que desde la reforma de 1993-1997 ha vuelto a llamarse así, desprendiéndose de la distorsionante referencia a las instituciones políticas) que ha de ocuparse de otros dos de no menor importancia: el de las fuentes del derecho, o modos de creación del derecho, y el de los derechos y libertades fundamentales. Un cambio que no es producto de las preferencias subjetivas de los estudiosos, sino resultado necesario de la introducción del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, cada vez más generalizada en los sistemas jurídicos contemporáneos, y que, por ello, debe ser tratado como un componente autónomo de la estructura constitucional.

Le compleja estructura de la obra responde a esta concepción. Está dividida en dos Libros, cuyas rúbricas respectivas son las de «El Estado de Derecho» y «El Derecho del Estado y de los individuos», cada uno de los cuales aparece dividido a su vez en tres partes (las del primero son «el marco jurídico del poder», «el control del poder —por ejemplo, la justicia constitucional— y «la división del poder»; las del segundo, «instituciones», «fuentes» y «derechos y libertades»), éstas en Títulos y los Títulos en Capítulos. El todo va precedido, además del Prefacio al que ya nos hemos referido, por un detallado trabajo de J. L. Mestre sobre la historia de la enseñanza del Derecho Constitucional en Francia, no tan distinta de la española como el lector puede apreciar mediante la comparación de este trabajo con el que hace un par de años publicó entre nosotros Joaquín Varela Suárez-Carpegna.

El criterio que establece la división en dos libros, se corresponde parcialmente con el que ha solido utilizarse para distinguir entre Derecho Constitucional «general» y «especial», coincidente, también en términos laxos, con el que, utilizando más otras denominaciones que otros conceptos, se hace, o se hacía, entre Teoría del Estado (o de la Constitución) y Derecho Constitucional. Esta distinción entre lo teórico-general y lo particular concreto, que tiene seguramente ventajas para la docencia, pero que origina también algunas reiteraciones, no abarca sin embargo todos los temas y, de acuerdo con la concepción subyacente, se quiebra de modo muy significativo respecto de dos de ellos: la justicia constitucional y los derechos fundamentales. Todo lo concerniente a la primera (es decir, tanto la teoría y el derecho comparado como el derecho francés vigente —e incluso el no vigente, pues hay un excelente Capítulo dedicado a historiar la empecinada resistencia francesa contra el control de constitucionalidad de las leyes—) se trata en la Segunda Parte del Libro Primero; en tanto que todo el estudio de los Derechos Fundamentales se encuentra en la Parte Tercera del Segundo.

La proyección sobre la estructura de la obra de la idea bien definida del derecho constitucional contemporáneo que la inspira, basta para hacerla sobresalir en el abigarrado conjunto de los manuales, en el que esta relación entre fondo y forma no es frecuente. La hacen recomendable además la claridad de exposición y la capacidad de síntesis de los autores y la riqueza de información que proporcionan. Nada sorprendente, por ello, que, como se dice al comienzo, la segunda edición, que es la que comentamos, haya aparecido apenas un año después que la primera y que esté ya en preparación la tercera, a la que verosímilmente seguirán otras muchas. Es muy probablemente una obra destinada a tener una larga vida, en el curso de la cual, los autores, o quizás sus sucesores, tendrán ocasión de ir corrigiendo los defectos que perciban o que la crítica les señale.

Si no hubiera otras razones (por ejemplo, las que derivan de la calidad misma del libro, de su ímpetu renovador del derecho constitucional francés y, en mi caso, del simple deber de lealtad que me impone mi amistad con Louis Favoreu y el resto de los autores), esa razonable previsión de que el libro habrá de servir de instrumento de aprendizaje a muchas generaciones, bastaría para imponer al comentarista la obligación de señalar las dudas que la lectura le ha planteado, los puntos en los que cree percibir alguna debilidad en una obra en general bien hecha.

Para no perder el tiempo en cuestiones menores, me referiré sólo a las dificultades que encuentro para aceptar en sus propios términos la definición de tres conceptos que juegan un papel importante en la estructura general de la obra: el de Constitución, el de principio de constitucionalidad y el de derechos fundamentales, muy estrechamente relacionados entre sí como es evidente.

El concepto de Constitución se expone en el Título Primero de la Primera Parte, cuya rúbrica es precisamente la de «La Constitución como norma», familiar para el lector español. Más precisamente aún en los dos primeros capítulos de ese título, obra, según se dice en la citada nota de pie de página del Prefacio, de Otto Pfersmann, cuya formación vienesa se hace bien patente en esas páginas. Excelentes como exposición sintética, completa y clara, de la teoría kelseniana del derecho y del concepto de Constitución al que dicha teoría conduce, pero inadecuadas por eso mismo, a mi juicio, en una obra cuya idea rectora central es la de que los Derechos Fundamentales son una parte esencial de la Constitución, quizás su parte más importante, y de que la existencia de estos Derechos va unida a la existencia de una jurisdicción constitucional.

Aunque tengo la sospecha de que para el conocimiento jurídico es más útil el *esprit de finesse* que el de *géometrie*, sería absurdo poner en cuestión la coherencia y el rigor de la teoría de Kelsen o la solidez del concepto de Constitución que esa teoría construye. Tampoco hay que cuestionar o discutir, porque son notorias, las limitaciones de ese concepto, producto de la ilusión neokantiana de construir una teoría ahistórica y no normativa de la normatividad. A partir de él, tan constitucional es un sistema cuya norma de producción se reduce al principio *quod principi placuit legis habet vigorem*, como otro que asegure la división de los poderes y la garantía de los derechos, cuya introducción en el ámbito propio del Derecho Constitucional exige por eso apelar a conceptos auxiliares y en sí mismos no libres de sombras. El recurso al «Constitucionalismo» y al «Estado de Derecho» no hubiese sido necesario si se hubiese partido del concepto de Constitución que propone el artículo 16 de la Declaración de 1989, que en definitiva es el que refleja adecuadamente nuestro Derecho Constitucional, pero si el rodeo se considera imprescindible por razones de pureza metódica, nada habría que objetar, aunque no se compartan tales razo-

nes. Sucede, sin embargo, que si bien la apelación a esos «imperativos políticos» permite introducir en el campo de estudio del Derecho Constitucional el derecho positivo realmente existente, y hasta conceder que la formalización de los derechos los convierte «indirectamente» en parte de la Constitución material (página 111), el concepto de Constitución del que se parte tiene su propia lógica y obliga a sostener (página 102) que el «droit constitutionnel jurisprudentiel» no crea normas generales. La tesis es discutible, pero si se la acepta, es necesario un desarrollo muy largo para hacerla conciliable con lo que, en relación con decisiones concretas del Conseil Constitutionnel, se dice en otros lugares. Así, por ejemplo, con la afirmación reiterada (por ejemplo en páginas 109 y 707, entre otras) de que la célebre decisión sobre la libertad de asociación (71/44 DC, de 16 de julio de 1971) amplió el ámbito de la Constitución mediante la creación de un bloque de constitucionalidad que incluye, con la Declaración de 1789 y el Preámbulo de 1946, los grandes principios de las leyes de la República, o la de que ha sido también una decisión del Conseil (en concreto la de 23 de enero de 1987), la que ha constitucionalizado la existencia de la justicia administrativa (página 577).

Las dudas que suscita la idea del principio de constitucionalidad no vienen del núcleo mismo del concepto, sino del efecto excluyente que al mismo parece atribuírsele al introducir su estudio (páginas 143-144), describiéndolo como una alternativa obligada al principio de legalidad, y no como complemento o perfeccionamiento de éste. Probablemente no es ésta la intención del autor y el equívoco se produce porque se atribuye a la expresión «principio de legalidad» un significado que no coincide con el que tradicionalmente tiene en otros lugares, al menos en España, como vinculación positiva del poder ejecutivo (e incluso del judicial) a la ley, del que, por lo demás, se hace una briosa defensa en otras partes del libro (*vid.*, por ejemplo, el Título 2, de la Segunda Parte del Libro II, especialmente páginas 737 a 748), pero es un equívoco que conviene deshacer porque puede solaparse con otro que cada vez me parece más extendido y peligroso: el de que como el criterio distintivo de los Derechos Fundamentales es el de ser derechos frente al legislador, *sólo* son derechos frente a él. Del mismo modo que *gratia naturam non tollit, sed perficit*, el principio de constitucionalidad perfecciona el de legalidad, pero no puede eliminarlo sin arruinar toda la estructura del Estado constitucional; del Estado de Derecho, si se prefiere esta noción que, en su origen, permitió romper la conexión que en la de Estado Constitucional existía entre *representative Government* y *rule of law*.

Y por último, el concepto de Derechos Fundamentales, un punto especialmente difícil. Por razones plausibles, este libro pretende operar con un concepto flexible y, en la medida de lo posible, uniforme, esto es, si entiendo bien, uti-

lizable dentro de cualquier sistema de derecho positivo o al menos de los sistemas de derecho positivo existentes en el mundo euroatlántico. Fundamentales son, en consecuencia, «los derechos y libertades protegidos por normas constitucionales y/o europeas. Ni más ni menos» (página 788). Se rechazan, así, tanto las concepciones materiales, que atienden al contenido de los derechos, a su mayor o menor importancia o fundamentalidad, como los intentos de definir los derechos, no en atención a la simple existencia de una protección constitucional y/o europea, sino tomando también en cuenta la intensidad de esa protección. Las diferencias en el grado de protección permiten hablar de libertades más o menos protegidas, pero son irrelevantes para la definición de la categoría. La Constitución española, por ejemplo, se nos dice (789) establece tres niveles distintos de protección, pero tan fundamentales son los derechos protegidos por el recurso de amparo, como los que tienen sólo una protección media (es decir, los de la Sección 2.^a del Capítulo segundo) o mínima (Capítulo tercero).

La exclusión a priori de todo elemento material en la definición de los derechos, con la consiguiente negativa, muy enérgicamente formulada, a aceptar la existencia de diferencias de peso o importancia entre ellos, es a mi juicio más bien discutible. No sólo es evidente que no todos los derechos juegan el mismo papel en la construcción de la idea de Estado de Derecho, sino que es palmario que sólo la toma en consideración del contenido de derechos iguales en su forma, puede explicar las diferencias que todos los tribunales introducen a la hora de ponderar derechos en conflicto, de determinar las diferencias entre ciudadanos y extranjeros en el goce de los derechos y en otras muchas cuestiones que la práctica plantea. Tiendo a creer que la utilidad práctica es el mejor criterio para medir el acierto de una construcción dogmática.

Pero dejando de lado todo esto, y aceptando la legitimidad del enfoque puramente formal en la teoría general de los derechos, todavía encuentro algunas dificultades para aceptar el concepto flexible que se nos propone. Una cosa son, creo, los derechos que el legislador crea al dar cumplimiento a un mandato constitucional como el contenido por ejemplo en el artículo 13 de la Constitución de 1848, para poner un ejemplo famoso y francés, y otra bien distinta los derechos que nacen inmediatamente de la Constitución, no de la ley, frente a la que actúan sobre todo como límites (aunque no sólo como límites, en contra de lo que suele pensarse). Los «derechos» que se enuncian en el Capítulo tercero del Título I de la Constitución española son, como dice la rúbrica de ese Capítulo, principios rectores de la política económica y social, objetivos que la Constitución asigna al Estado. Por eso, como la propia Constitución (art. 53.3) precisa, sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan». Lo mismo que sucedía en el pasado con las libertades públicas.

Pero si, en todo caso, al identificar Derechos Fundamentales y Derechos constitucionalmente protegidos, no cabe equiparar la mención de ciertos derechos en la Constitución con su protección por ésta, mucho menos se puede ignorar la diferencia que existe entre lo uno y lo otro, cuando el objetivo que se persigue al acuñar un concepto nuevo frente al viejo de libertades públicas es, precisamente, el de subrayar que, a diferencia de éstas, los Derechos Fundamentales son derechos «justiciables» (*vid.* página 795). Entendida como sinónimo de positividad, la justiciabilidad no singulariza los derechos fundamentales o constitucionales frente a los simplemente legales; para que resulte utilizable como criterio de aquéllos frente a estos, esa justiciabilidad ha de nacer directamente de la Constitución y en ese caso el régimen jurídico de la protección constitucional no es irrelevante, sino decisivo.

Y para concluir, dos observaciones seguramente superfluas, pero a las que me siento obligado. La primera, obvia: es muy posible que las reflexiones críticas que preceden sean resultado de mi propio error o de una lectura demasiado ligera del libro que comento y por eso tan sometidas como éste a las críticas del lector y, *a fortiori*, de los autores del libro. La segunda, reiterativa: es inevitable que al señalar debilidades aparentes, el discurso adopte a veces un tono polémico, por el que pido excusas. Mi crítica, si así se la quiere llamar, no intenta polemizar con los autores del libro, mis amigos, ni menos aún echar sombras sobre una obra que, como he dicho, considero ejemplar y destinada a tener larga vida y profunda influencia. Sólo, si acaso, con alguna inmodestia, contribuir a su perfeccionamiento.

