

GUSTAVO ZAGREBELSKY: *Tiempos difíciles para la constitución. Las confusiones de los constitucionalistas*, Madrid, Palestra Europa, 2024, 155 págs.

En los últimos años es difícil encontrar un escrito mío en el que no mencione el desencanto de la ciudadanía y su alejamiento de los problemas institucionales y hasta del sentimiento constitucional que nuestros políticos no favorecen en absoluto, si no es que lo promueven ante sus particulares e interesadas visiones de la realidad.

La prolija, diversa y siempre sugerente literatura que debemos a Zagrebelsky nos regala en esta ocasión un motivo más para la reflexión, en particular a los constitucionalistas por cuanto también podríamos estar contribuyendo a tal confusión y desapego.

En este concreto aspecto se detiene el prologuista, García Roca, recordando la afirmación del autor en el sentido de que la academia ha perdido la comunidad de los valores y enfoques constitucionales que antes nos unía, trasladándose ahora, también a ella, las disensiones y polémicas más propias de los profesionales de la política.

El primer capítulo es de extraordinario interés para todo constitucionalista, pues a nosotros nos lo dedica. Aunque más que afirmaciones encontramos dudas sobre nuestra función. Pero sí hay una idea fija o básica: solo es estudio constitucional lo que ayuda a «constituir» más que a provocar divergencias y divisiones: «Una ciencia constitucional que no aspira a una orientación básica común, sino que se disuelve en muchas partes que están en conflicto entre sí, en primer lugar, se destruye a sí misma, ya que contradice su tarea de ser constitucional¹ (...). En segundo lugar, una ciencia así destrozaría la propia constitución como punto focal unitario de la vida política y social común...» (p. 31).

Observa Zagrebelsky que, a partir de 1948, se estudiaba y al tiempo se defendía la constitución, pero a partir de los años setenta alguien formuló la idea de reforma que, unida a la idea de modernidad, se expandiría sin que ningún constitucionalista quisiera (o se atreviera a) oponerse a la idea, aparentemente moderna, que acabó convirtiéndose en una bomba de relojería.... «La constitución se convirtió en la arena en la que se podía jugar una batalla entre partidos...» (p. 36).

¹ Algo semejante acabo de afirmar de nuestro TC y su sentencia sobre la ley de amnistía (Valencia Plaza, 22 de julio 2025), como también cabría afirmar de toda institución que ignora su funcionalidad constitucional. En págs. 54 y ss. el autor relata experiencias de constitucionalistas que renunciaron a su condición al ver la Constitución ignorada o destruida. Cita incluso el caso de Carl Schmitt (nada dudoso en este aspecto) cuando afirma en marzo de 1933 que «la Constitución de Weimar ya no existe más».

A partir de ahí nos dividimos, pero no en el detalle sino en los fundamentos... Hemos dejado de ver la constitución como algo por encima de nosotros (considerados en conjunto) y, de diversas maneras y con distintos fines, la hemos colocado por debajo de nosotros: «Si observamos las manifestaciones que los grandes medios de opinión nos solicitan veremos que junto a los que dicen blanco se mencionan los que dicen negro. Al final, la ciencia de la que disponen los constitucionalistas se convierte en una cortesana a disposición de aquellos que detentan el poder político, económico y cultural donde pueden acudir fácilmente para justificarse» (p. 38).

¿Cómo se puede no estar siquiera de acuerdo en los principios ni en cuales de estos son los básicos? Se pregunta el autor si somos útiles más allá del servicio a los poderes. Recordando a Gramsci, advierte de los riesgos de inutilidad de los intelectuales que olvidan su propia función (p. 44). En particular sobre los constitucionalistas afirma: «La libertad y la independencia que reclamamos con razón como nuestra prerrogativa, si no se traducen en la calidad de la función “constitucional” general que ejerceremos, dan lugar a una reivindicación de estatus que no se justifica fácilmente» (p. 45).

El autor trata duramente a quienes se ponen al servicio del poder, escriben sus discursos o justifican sus acciones. Este tipo de servicios no van solo contra nuestra profesión, sino contra la democracia porque este tipo de trabajo servil es propio de las autocracias. «En una democracia si los poderosos no tienen nada que decir por su propio ingenio, mejor que guarden silencio» (p. 49). «¿Quién es el intelectual que lleva a costas su propia existencia? Es un hombre, como suele decirse, para todas las estaciones. La coherencia de la investigación intelectual y de sus caminos (...) es una condición esencial de la integridad, por tanto de la credibilidad y, en definitiva, de la eficacia de su propia función (...). ¿En quién se puede confiar? ¿De alguien que ayer afirmaba lo contrario de lo que afirma hoy, y siempre con la misma pretensión de ser tomado en serio?» (p. 50).

Pero el autor deja claro que no estamos hablando de intelectuales sin más. Se trata de la democracia que nos jugamos: «En una sociedad democrática la única alianza posible para quienes desempeñan una función intelectual es con la generalidad de los ciudadanos, con quienes es necesario abrir canales de comunicación (lo que se avala recordando a Max Weber)» (p. 51).

Las características propias de toda ciencia y también de la nuestra convergen en una doble exigencia irrenunciable: «*La autonomía con respecto a los poderes entre los cuales los científicos suelen desenvolverse, y la responsabilidad de sus actos, es decir, la búsqueda de la verdad, de lo poco de verdad que está a nuestro alcance* (...). Para nosotros, la libertad de pensamiento y de acción

necesaria para comunicarla y difundirla equivale a la justicia en el sentido específico que nos concierne primordialmente (...)» (pp. 61-62)².

Tantas novedades como vivimos ahora no siempre se hallan en el marco del constitucionalismo y a veces incluso en su contra. De hecho, pueden existir países con constitución, pero sin constitucionalismo (p. 68). En lo que se refiere a nuestra profesión, es clara la distinción entre constitucionistas y constitucionalistas, que en la historia encontramos en diversas etapas en las que los primeros acompañan las primeras constituciones vinculadas al Estado monárquico, mientras que los segundos solo son posibles cuando es la constitución la que recompone y organiza al Estado (con el ejemplo italiano del Estatuto y de la constituyente posterior a la Segunda Gran Guerra, el autor nos muestra un claro ejemplo de su modo de discurrir). Y no es poca la diferencia entre unos y otros: «Los “constitucionistas”, a diferencia de los constitucionalistas que, casi instintivamente, se mantienen alejados de ellos, los encontramos en las antecámaras, listos para entrar en las cámaras. Hay en la base una contraposición ética que, en la práctica, dependiendo de las circunstancias, puede disolverse en varias combinaciones de actitudes de compromiso: de una parte, los constitucionalistas, que piensan en la constitución como norma y de otra parte, los “constitucionistas”, que piensan en la constitución como instrumento (...), confían en el poder y son bastante condescendientes» (p. 75).

Y visto así, es obvio que hoy es el tiempo de los «constitucionistas», y que los constitucionalistas quedan relegados a las filas de los muchos que tienen sus propias razones de protestar y que todos juntos no hacen más que un concierto de voces discordantes que se anulan mutuamente. Pero no es nuevo, como demuestra el autor citando a Tocqueville, y llama la atención su crítica (que también he compartido hace algún tiempo) a la idea de gobernanza, término económico, que anula el constitucionalismo de principios abstractos, de separación de poderes, procedimientos, etc. (p. 77).

No son nuevas las dudas sobre la vitalidad de la constitución, ya manifestada entre otros por Burdeau. Sin embargo, el escepticismo constitucional colapsa cuando nos centramos en lo que Konrad Hesse llama «voluntad de constitución» y su amplia difusión: El deseo, la necesidad y, por tanto, la voluntad de constitución de tantos pueblos de la tierra está ciertamente más difundido y vivo que nunca... y son muchas las causas: «(...) para salir del caos y poner fin a las guerras civiles; para pasar página tras el colapso de regímenes anteriores; para conquistar la libertad; (...) para garantizar los derechos emergentes de minorías sociales y étnicas, religiosas

² Me permito destacar en el texto lo que considero básico en el pensamiento del autor.

y lingüísticas; para defender el ecosistema de los embates de los poderes económicos y políticos envolventes. Para todo esto, ¿a qué recurrimos sino a la constitución?» (p. 82).

Y lo más importante: el momento constitucional es político, pero en él se olvidan los particularismos y se mira la vida de toda la *polis* para ahora y para el futuro. Y se escribe formalmente para fijar sus principios, aunque es cierto que la evolución histórica no se para y le afecta; pero exigen cierta estabilidad política, un orden en el que vivir en paz y seguridad pues es su finalidad última. Lamentablemente, tras el momento de la *gran política constituyente*, llegaron las *pequeñas políticas* de cada día, interesadas y partidarias. Pero en la sociedad pluralista de hoy se necesita más que nunca la estabilidad, no estática sino dinámica; solo puede representarse hoy el Estado con la portada del Leviatán a condición de aceptar que solo podrá funcionar mientras los microorganismos estén vivos.

Hoy no es fácil determinar los principios fundamentales, pero no se puede establecer una gradación en la que unos se sobrepongan indefinidamente sobre otros. Nuestros tribunales constitucionales sabrán valorar las situaciones más complejas sin dejar que un principio sea capaz de degradar otro totalmente (p. 93). Los principios más fundamentales son normas «sin supuestos de hecho»: «Por ej., ¿dónde está el supuesto de hecho en el art. 10 CE que señala “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad? (...)”. Una proclamación así puede invocarse indefinidamente. La esfera de lo constitucionalmente relevante, por lo tanto, no está cerrada; es permeable a los acontecimientos de la vida» (p. 94).

Los juristas han de tener *la constitución como tarea* en la que se hagan preguntas constantes a la constitución a partir de la realidad social y se sepan interpretar las respuestas. El derecho constitucional, en la medida en que se dedica a derechos, deberes, justicia y democracia, se ha convertido en la más abierta de todas las ramas del derecho (p. 100). Ello se hace realidad en la tarea de los tribunales constitucionales. «Cuando el esclarecimiento de un caso requiere un significado adicional, con respecto a lo que *prima facie* se desprende de la lectura de la constitución, se recurre a conceptos clave como “persona” y “dignidad humana”, “formación social”, “igualdad” o “libertad”. Pero aquí precisamente reside la máxima exposición a lo “no escrito en la constitución” (...) al tratar las difíciles cuestiones constitucionales el uso de ese criterio general de la razonabilidad es el canal a través del cual los presupuestos de la constitución aparecen con facilidad y decisión en la jurisprudencia» (p. 105).

En definitiva, la solución a todo problema realmente constitucional depende de la respuesta a dos (o a los dos) dilemas principales: cuál es la naturaleza de las sociedades humanas y cuál es la tarea de quienes las gobiernan. La síntesis de ambos, la permanente oposición entre individualismo y organicismo

da ocasión al autor para ofrecernos una brillante y escogida revisión histórica de nuestros viejos conceptos y su enfrentamiento mutuo (pp. 107 y ss.). Duda que todo ello haya quedado obsoleto pues, al fin, seguimos con las mismas dudas y la misma confrontación de ideas. No es cierto que el individualismo haya arrumbado al organicismo, este hoy es cualquier cosa menos un residuo. «De hecho, ha ampliado su campo de acción hasta incluir el mundo entero, es decir, la relación entre los seres humanos y lo que se denomina la “naturaleza” o “la tierra”, podríamos decir la “creación”» (p. 116). El organicismo se ha convertido en «holismo».

La madre tierra ha descubierto en nosotros sus principales enemigos. La libertad ya no puede tener como objetivo el poder con fines de crear fortunas individuales, sino la vida en su conjunto, animal, vegetal y mineral, y a su continuación para las próximas generaciones (p. 121). Libertad y poder siguen siendo necesarios, pero han de ser redefinidos en sus fundamentos y fines.

Y tampoco cabe seguir sosteniendo la superioridad del individualismo sobre el organicismo ni al revés. Uno y otro conviven en nuestro mundo actual, aplicandose en diferentes medidas según el caso concreto y la dificultad de su respuesta constitucional como, en especial, se pone de relieve en conflictos en torno a la familia (sobre el predominio de la individualidad o la institución tradicional), tal como diferentes y hasta contradictorias decisiones de la Corte Costituzionale ponen de relieve. Y lo mismo cabe decir de los problemas surgidos en el ámbito de la bioética, en los que el individualismo y el comunitarismo se han de combinar para llegar a la mejor solución; o cuantos problemas constitucionales se generan en torno al «sentimiento religioso» o las sanciones penales respecto del trato a los símbolos institucionales y/o el prestigio de las instituciones (en los que se manifiesta el *ethos* nacional).

Más radical aun es el contraste de las concepciones constitucionales referentes a la tarea del gobierno de las sociedades humanas que nos invoca directamente a los constitucionalistas. Una vez más el individualismo y el dirigismo se enfrentan en sus más diversas formas y fundamentación (p. 129). Las metáforas de la balanza y del reloj han hallado aplicación en el constitucionalismo histórico inspirando el conservadurismo socialmente optimista y el totalitarismo imponente. Pero ninguna de ellas es suficiente hoy para resolver las complejas cuestiones que se nos plantean. Es difícil que pueda ser constitucional la respuesta que solo atienda a una u otra posición encontrada.

Para una constitución como la de los EE.UU. es mucho lo que esta en juego en unas pocas fórmulas genéricas como *la equal protection* o el *due process of law* que se prestan a lecturas muy elásticas. Pero bien distinto es el caso de Italia³:

³ Personalmente, me permitiría añadir que también el de España.

«No es necesario recordar el principio de igualdad tal como se expresa en la constitución, ni el principio de progresividad de la tributación, ni en general de todas las normas constitucionales programáticas destinadas a promover las “relaciones sociales equitativas”. La Constitución italiana es marcadamente “transformadora” (...). Sin embargo, en la denominada “constitución económica” la evidente propensión transformadora coexiste con la protección de las posiciones adquiridas de propiedad privada y libertad de empresa (...). Por tanto, coexisten la reforma y la garantía, pero no siempre está determinado dónde se ponen los acentos» (p. 133).

Esta espléndida, pero muy inquietante obra de Zagrebelsky acaba llamando a las conciencias y recordando la difícil convivencia entre moralidad y legalidad, tantas veces excusada en la técnica jurídica. Si entre los lectores hubiera estudiantes de derecho, afirma, «me gustaría decirles: cuando se encuentren profesores o lean textos jurídicos escucharán decir que su tarea será solamente ser “técnicos” que manejan el derecho como cualquier otro instrumento; no caigan en la trampa. Reflexionen entre cualquier situación icónica del conflicto entre la ley y la conciencia».

Aunque tampoco ello sea nada fácil como nos ilustra el autor a través de tres ejemplos trágicos:

1. El feroz enfrentamiento entre Antígona y su padre Creonte en una Atenas ya democrática en la que se habían superado las viejas costumbres y habría cabido el perdón para el hermano traidor. Antígona representa las leyes no escritas, prepolíticas, la ética propia; pero Creonte ha de cumplir la ley que él mismo ha impuesto a los demás. La rigidez e intransigencia de ambas posiciones solo puede dar lugar a la tragedia, incluso cuando el pueblo, inicialmente junto a Creonte, trata de evitarla invocando la clemencia, la sensatez y la compasión humana (p. 139 y ss).
2. El drama interior de un joven evangelista, tremendamente religioso que se adhiere al nacionalsocialismo siguiendo la recomendación evangélica (dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios). Siendo ingeniero de minas, contribuyó en la fabricación de los gases destinados a los campos de exterminio. Pero su ruptura interior, la irresistible incompatibilidad entre el cumplimiento de la ley y su conciencia religiosa, tal como confesó a sus padres, solo podía acabar en el suicidio (p. 145).
3. El viejo nazi que entrevistó una periodista húngara y lo describe en su libro *Desde aquella oscuridad*. No era un nazi cualquiera, era uno de los más feroces criminales nazis participando en experimentos de eugenesia... Su final hace gala de lógica del deber («no lastimé a nadie

intencionadamente; solo cumplía mi deber; el deber es el deber). No hay preguntas ni porqués en el cumplimiento de un deber, solo el juramento de la obediencia. En definitiva, «yo era un técnico». Pero en la soledad emerge la conciencia que el viejo alcanzó a mencionar poco antes de morir: «Mi culpa»... Es curioso que nunca lo haya mencionado... «Mi culpa».

Todo ello es muy dramático y refleja situaciones extremas. Hoy contamos con una Constitución que se impone a las leyes, a las que manda obedecer sin, en cambio, prohibir la desobediencia que observamos hoy en tantos aspectos relacionados con inmigrantes (su atención en la sanidad, la colegiación de niños sin miedo a la denuncia), la solidaridad popular ante medidas limitadoras y la reacción frente a dramas como el de Gaza (me permito añadir).

En cualquier rama del derecho el abogado se enfrenta a un conflicto del que espera obtener su razón. Pero la situación del constitucionalista es muy distinta. Su tarea es iluminar y dirigir los sentimientos y las convicciones de los ciudadanos en relación con las leyes y promover así la atmósfera de libertad que es el *humus* del constitucionalismo. No tenemos clientes, ni hablamos en favor de esto o aquello... Los constitucionalistas «se dirigen a todos y para todos, dirigiéndose a la opinión pública como órganos de la constitución».

No estoy segura de haber sabido reflejar o sintetizar la obra comentada, aunque la síntesis no es mi propósito ni daría buena cuenta de ella. Creo que la lectura no puede dejar indiferente a nadie, tal vez incluso pueda molestar. Pero me parece necesaria para que no olvidemos lo poliédrico de nuestras cuestiones constitucionales ni las muchas dudas que nos generan ni la fuerza de los principios que hoy parecen, a veces, olvidados.

Remedio Sánchez Ferriz
Catedrática emérita de Derecho Constitucional
Universitat de Valencia