

CONSTITUCION Y COMUNICACION

A. CARLOS PEREIRA MENAUT

Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho - Univ. de Santiago de Compostela

Referente al tema "Constitución y comunicación", he redactado seis proposiciones, las cuales se refieren a los supuestos o fundamentos previos de la Constitución, al papel que jugó la comunicación en el siglo XVII, cuando nacía la Constitución, y al papel que está jugando ahora.

1. La *primera proposición* simplemente dice que la Constitución nació sobre la base de unos fundamentos ideales previos. Les llamo "ideales" sólo para distinguirlos de los materiales: sociológicos, económicos o tecnológicos, de los cuales no me voy a ocupar. Hoy, aquellos presupuestos ideales, incluso en los países donde hay constitución y no funciona mal, están alterados o, en algunos casos, ya no existen. Esta es la tesis esencial que hoy propongo a la consideración de ustedes, junto con el papel que pudo jugar la comunicación en su momento.

2. La *segunda proposición* trata de delimitar el concepto de "Constitución". La idea de Constitución que manejo es bastante restringida, y diferenciable de las ideas de "organización básica", "ley fundamental", "código", "tabla de materias" y "estado". La Constitución es el límite del poder, por medio del Derecho, en beneficio de la persona, a la que se le reconocen ciertos derechos. En el mundo del Derecho se suele usar un concepto de Constitución muy amplio, muchas veces impreciso: tan pronto se usa en el sentido de "organización", como de "ley fundamental", como de "norma de normas"; o bien se asocia íntimamente con el concepto de estado. Hay escuelas, como la kelseniana, para la cual no hay distinción entre Derecho y estado, de manera que la Constitución viene a ser como la forma jurídica del estado.

El concepto que propongo es más restringido. La Constitución no es la organización básica, o lo es, pero no esencialmente; no es la ley fundamental (se podría añadir lo mismo), no es un código, no es una tabla de materias, no es el documento de identidad de un

estado. Es —repetámoslo— el límite del poder por medio del Derecho en beneficio del ciudadano, que recibe, como garantía de la limitación de ese poder, unos derechos y libertades.

La Constitución nació, así, en el siglo XVII. También querría señalar una cosa: quizás por influencia de la Revolución Francesa, tenemos la idea —al menos en España— de que la Constitución nació en París en 1789, completamente preparada y terminada, como Palas Atenea de la cabeza de Júpiter. Pero la verdad es, si no me equivoco, que nació en el siglo XVII de una forma muy modesta, y muy próxima a las realidades políticas de un país en concreto, Inglaterra. Después ha sido presentada como un concepto definido, terminado, y se le ha añadido una fundamentación filosófica, pero la verdad es que la Constitución, en el momento de nacer, simplemente fue surgiendo, poco a poco. Así, se fueron poniendo piedras de lo que después sería el edificio, pero siguiendo de cerca las necesidades que imponía la práctica política.

Por lo mismo, me parece que la pregunta por los supuestos previos de la Constitución puede ser más fructífera si se tiene en cuenta que la Constitución nació así, que si, por el contrario, consideramos a la Constitución como nacida de repente y completamente terminada, como parece derivarse de la visión habitual de la Revolución Francesa. Porque, aunque esas “piedras” concretas que se iban poniendo carecían, muchas veces, de una declaración formal de aceptación de los presupuestos que nos preocupan hoy aquí, es indiscutible que los “pre-suponían”, los daban por supuestos.

3. *Tercera proposición:* estos presupuestos ideales, agrupados en tres capítulos relativamente arbitrarios, son los que siguen.

a) En primer lugar, el capítulo de *los presupuestos filosóficos*. El primero es la difundida creencia, entonces aceptada por todos (incluidos los enemigos de la Constitución en aquel momento), en el orden del mundo o de las cosas; en una naturaleza básica, invariable en lo esencial. Muy vinculada a ello está la existencia de realidades, valores y verdades objetivas. Como dijeron algunos de los padres de la Constitución —no sé si es una expresión muy correcta desde el punto de vista de la teoría del conocimiento— verdades “autoevidentes”, y por lo tanto más allá de la discusión; particularmente, de la discusión política.

También dentro de los presupuestos filosóficos está la general aceptación de una ética que podemos llamar cristiano-natural, anclada, por una parte, en la naturaleza humana, y, por otra parte, en los principios cristiano-naturales más o menos univer-

salmente aceptados. Esta ética era, para aquellas gentes, indiscutible.

b) El segundo bloque de *presupuestos* es el de los *filosófico-jurídicos*, los que llamaríamos de Teoría General del Derecho o de Filosofía del Derecho.

El primero es la idea de un Universo regido por el Derecho. Lo que de aquí se deriva es que, así concebidas las cosas, el Derecho resulta universal, aunque tenga sus manifestaciones concretas. Otra repercusión, muy importante desde el punto de vista constitucional, es que, si las cosas son así, el Derecho no es "creado" *ex novo* ni de repente por nadie, sino producido por la historia, la costumbre, las aplicaciones repetidas de una ley, etc.; sobre la base de aquel orden del mundo y de aquella naturaleza de las cosas. Pero no se "inventa", sino que, a lo más, se desarrolla, se aplica, se interpreta. Esto tenía unas repercusiones que ya pertenecen sólo al mundo del Derecho y no sé si tienen mucho interés aquí. Por ejemplo, no se distinguía la función judicial de la legislativa, porque todo era interpretar el Derecho, así que el legislador hacía, en cierto modo, lo mismo que el juez. "Crear" el Derecho enteramente de nuevo, como se fabrica una cosa material, era inconcebible para aquellas gentes. Más inconcebible todavía era el "crear" lo justo o lo injusto, el que alguien tuviera poder para establecer que una cosa de repente pasaba a ser justa o injusta. Hobbes sí dice que el legislador por medio de la ley civil define lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo. Pero Hobbes no es precisamente uno de los padres de la constitución.

Pero así como existe una naturaleza de las cosas y de los hombres, deberá existir también un Derecho, derivable de esa naturaleza en la medida que es única e inamovible, y que, de una u otra forma, viene necesariamente a ser algo así como Ley natural o Derecho natural.

Otra idea entonces indiscutible era que la Justicia, como el Derecho, es trascendente. Junto con aquella otra, muy antigua también, de que la ley injusta no es ley.

El segundo presupuesto es el valor de la persona. Me refiero sólo al que tiene para el Derecho; al valor ilimitado de la persona humana en comparación con el resto de las cosas, con la sociedad y con el estado. De aquí se deriva la igualdad básica: sólo la básica, pues sería muy incorrecto, desde el punto de vista histórico, decir que la Constitución nace íntimamente ligada a la igualdad como hoy se entiende; sólo nace vinculada a la idea de la igualdad básica. Los hombres son creados iguales, pero eso no quiere

decir que después, a medida que pasa la vida, continúen iguales en todas las manifestaciones concretas de sus logros vitales. El valor de la persona es lo que le hace titular de unos derechos y libertades; y también titular de un área inviolable por ninguna otra persona ni institución.

c) El tercer bloque es el de los *presupuestos políticos*. El primero era la existencia de un acuerdo sobre los presupuestos pre-políticos. Tomo aquí la expresión, más o menos consagrada, de Lord Balfour "acuerdo sobre lo fundamental". No puede existir vida política —y, particularmente, vida constitucional— si no existe un acuerdo sobre los fundamentos pre-políticos de esa vida política y constitucional. Otro aspecto político, entonces indiscutido, era el carácter limitado de la política y del gobierno. No me detendré más en este apartado, por ser el más obvio.

4. La *cuarta proposición* sugiere que varios de esos presupuestos se han alterado o ya no existen. ¿Por qué se han alterado? Por razones distintas, según los países. Así, en el caso de los países anglosajones —donde realmente nació la Constitución—: por el pragmatismo, por no plantearse cuestiones esenciales, por desvincular lo ético de sus fundamentos ontológicos; por la manera de juzgar del juez inglés y americano, que juzga por sentido común, convirtiendo en norma los estándares ordinarios de comportamiento por el mero hecho de ser ordinarios... Con el paso del tiempo, operando así se puede llegar a posiciones muy distintas de las del punto de partida.

En otros países, aparte otras razones, fueron muy importantes las influencias de Hegel. Hegel dice —creo recordar que en su obra sobre la constitución de Alemania— que en un país protestante el príncipe es príncipe y obispo al mismo tiempo. No hay realidad ni naturaleza estable, ni Ética esencialmente invariable que se derive de ellas, pero el ciudadano no tiene que tener preocupaciones de conciencia acerca de lo que está bien y está mal: le basta confiar en lo que dice el estado, que se auto-constituye en fuente de la Ética y del Derecho.

Acerca de esos presupuestos que se han alterado o ya no existen se pueden decir algunas palabras.

Sobre la pérdida de la idea del orden del mundo: creo que corresponde tratarlo, en gran medida, a la Metafísica y a la Epistemología, pero este asunto excede ahora nuestra exposición. La existencia de una naturaleza humana también es relativizada o negada en muchos ambientes.

La existencia de realidades, valores y verdades objetivas, "autoevidentes", estuvo en la base de la Constitución americana, y así lo hicieron constar los redactores: "Sostenemos que estas verdades son autoevidentes". El lenguaje es muy importante, porque no dicen "consagramos", ni "creamos", sino que se limitan a declarar lo que es evidente por sí mismo. Esas "verdades autoevidentes" no las construye la Constitución americana, no les da el ser, simplemente las reconoce. Esto puede parecer banal, pero, hoy, para ninguna o casi ninguna constitución existe nada previo a ella misma. Desde luego cuando los constituyentes tienen mentalidad kelseniana no hay nada previo a la constitución, porque Kelsen no admitía más que una hipotética ley fundante que nadie ha visto nunca, y que él mismo no llegó a concretar. Como en el caso de España hoy, nada es realmente previo a la constitución. Nada es autoevidente. Ningún valor es previo o anterior al debate político, ni (desde el punto de vista jurídico) hay valor previo a la ley. Leyendo la reciente sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto se percibe con claridad cómo diversos magistrados no hablan del derecho a la vida como un derecho pre-constitucional y, en algún caso, ni siquiera prelegal.

Acerca del valor de una Ética aceptable por todos se podrían aducir muchos ejemplos de la época. A mí me llamó la atención el ejemplo de Daniel De Foe, que es un típico no conformista, un *dissenter*, constitucionalista y contemporáneo de Locke. Aquellas gentes discutían sobre confesiones religiosas, no sobre Ética. Robinson Crusoe, en un momento del libro, dice que no le importaría practicar la religión "Papista" porque ya la había practicado alguna vez y no le molestaba demasiado. Lo que no se le ocurre decir es que hubiera practicado dos éticas, ni que le diera lo mismo cambiar una por otra. Quizá este aspecto sea bastante conocido porque Tocqueville lo hace constar en *La democracia en América*: hay diversidad de confesiones religiosas pero no de éticas. La Declaración de Virginia dice expresamente que la religión es cosa de cada uno, pero que todos deben practicar la benevolencia cristiana —subrayo el adjetivo "cristiana"— el amor y la caridad mutuos. Demos un salto de dos siglos, hasta 1985, y veremos la vigencia de los principios contrarios. Recientemente tuvo lugar en Madrid un seminario sobre la fecundación *in vitro* y la bioética, en el cual un médico vino a decir que hay tantas éticas como confesiones religiosas o grupos éticos, pero que todos tienen que aceptar una ética que es la *Ética Civil* definida por el estado. Evidentemente, este planteamiento, hoy no tan raro, está en las antípodas del de los orígenes de la Constitución.

De los otros aspectos que he ido mencionando es interesante señalar que la idea de que la justicia es trascendente corre peligro en algunos países. En Italia, y también en España, según la escuela del "Uso Alternativo del Derecho", los jueces deben utilizar el Derecho al servicio de una determinada clase o grupo. Todavía me atravesaría a decir más: en un país como España, donde hay un Tribunal Constitucional, la transcendencia de la Justicia y del Derecho ha sido sustituida por el Tribunal Constitucional, que es la referencia más alta a que se puede apelar en un sistema jurídico como el español. Ahora mismo el Tribunal Constitucional es el oráculo de la Justicia, del Derecho y de la Constitución. Pero como resulta que el Tribunal Constitucional, a diferencia de los Tribunales ordinarios, no juzga según Derecho sino según la Constitución, ésta se convierte en el máximo argumento de Justicia y Derecho. Pero como la Constitución no puede dejar de ser política, al menos en parte, por ser una realidad política hecha por hombres, y nunca del todo trascendente, podría resultar, en definitiva, que el ordenamiento jurídico y la jurisdicción vinieran a estar presididos por principios políticos, no sólo por principios jurídicos. Me parece que incluso en las opiniones corrientes comienzan ya a notarse los efectos de esto en la gente.

La idea de que la ley injusta no es ley choca de frente con una escuela muy importante en el mundo del derecho constitucional en España, Austria, Italia y otros países, que es el positivismo jurídico. Sin embargo, era una cuestión indiscutible para los padres de la Constitución. Voy a leer una cita de Locke que hoy parece escrita por un padre de la Iglesia. Naturalmente, es de Hooker, a quien Locke vuelve una y otra vez, pero él la hace suya: "Las leyes humanas... tienen dos contrastes superiores... y esas dos reglas superiores son: una la ley de Dios y otra la ley de la naturaleza", de tal manera que las leyes humanas deben estar hechas de acuerdo con las leyes generales de la naturaleza y sin contradicción alguna con la ley positiva de la Escritura; "en el caso contrario son nulas".

De entre los presupuestos *políticos* vale la pena volver sobre el "acuerdo en lo fundamental". Para que exista una comunidad política con vida constitucional tiene que haber un equilibrio entre "acuerdo sobre lo fundamental" y "disidencia admitida", o "discrepancia legítima". Esta compensación entre "acuerdo sobre lo fundamental" y "disidencia legítima" parece que viene del siglo XVII, de las polémicas religiosas entre anglicanos y puritanos. La carencia de dogmas dentro del anglicanismo, y la discusión con los puritanos, junto con otras cosas, obligaron a definir un acuerdo

mínimo sobre lo fundamental, y de ahí vino la aceptación de la oposición como elemento ordinario de la vida política. ¿Qué ocurre hoy con el acuerdo sobre lo fundamental? Muy sencillo: voy a leer sólo un artículo de la Constitución española que viene a decir más o menos lo contrario: "España se constituye en Estado social y democrático de derecho... que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1.1).

Dejemos aparte que no parece claro que el pluralismo político sirva para ponerlo al frente del ordenamiento jurídico. Pero su misma propugnación causa una cierta extrañeza también desde el punto de vista constitucional, al menos en los términos en que se ha hecho, pues es evidente que sin pluralismo no puede haber Política, ni vida constitucional, pero ésta es una verdad tan elemental que se da por supuesta, y normalmente las constituciones no lo dicen, salvo la española (y alguna otra), que no es precisamente un gran monumento constitucional, a menos que la historia diga lo contrario, y deseo sinceramente que lo diga, puesto que soy parte afectada. El error es convertir el pluralismo político en valor esencial y principio básico del ordenamiento jurídico, porque entonces uno parece incesantemente obligado a buscar nuevas discrepancias y fronteras, de manera que el pluralismo político, considerado ahora como un bien en sí, ha de ser ampliado hasta el infinito. Algunos autores han dicho que eso se refiere al pluralismo de partidos y sindicatos. Pero, por lo que sé, la Constitución se refiere precisamente al pluralismo como bien en sí, no como bien instrumental o resultado natural de la libertad, sino como algo que de por sí es beneficioso, con independencia de la materia sobre la que verse a los efectos que produzca, y eso está en las antípodas del "acuerdo sobre lo fundamental". Al pluralismo le pasa como a la crítica: no cabe la crítica de la crítica hasta el infinito. En ese caso, el pluralismo estaría construido sobre el pluralismo, no admitiría fronteras, y al final acabaría afectando a los valores constitucionales básicos. Al final, una constitución que así se base en el pluralismo puede acabar convertida en constitución puramente procedimental; y el acuerdo sobre ella, en acuerdo sobre el procedimiento. Y, efectivamente, en gran medida eso es lo que parece haber ahora en España, y existen algunas posturas abiertamente anticonstitucionales en el fondo aunque *pro forma* todos acepten la Constitución.

Puesto que se estimula el pluralismo, incluso respecto de los valores más sagrados, como el de la unidad de España (único del que la Constitución dice fundamentarse ella en él) nada puede

impedir aplicar el pluralismo a la unidad de España, aunque sea el valor constitucional más fundamentante. Es más, si alguien se dedicara a buscar nuevas fronteras al pluralismo, a hacer pluralidades sobre los antiguos pluralismos porque ya han sido incorporados al consenso, casi está cumpliendo un mandato constitucional. El parecido con el origen del constitucionalismo es mínimo.

5. La inexistencia o degradación —*quinta proposición*— de estos fundamentos previos tiene un resultado que estamos viviendo precisamente hoy.

a) Vivimos el momento de máxima extensión y mínima intensidad del constitucionalismo. Máxima extensión: en nuestros días no hay país que no tenga constitución, mientras que antes los que no querían “vivir constitucionalmente”, por así decirlo, simplemente no hacían una constitución. Ahora, en cambio, todo el mundo la hace, aunque no tenga las menores intenciones constitucionales. Con la máxima extensión hemos alcanzado igualmente la mínima intensidad, pues este constitucionalismo procedimental compromete poco, obliga a poco. Con los planteamientos de ese autor que ya cité —Kelsen— nada impide que la Unión Soviética tenga una flamante constitución. Con la degradación de sustancial a formal, al no haber una “sustancia” constitucional reconocida ni reconocible, el constitucionalismo se puede convertir en puramente procedimental.

Esto tiene también algunas repercusiones más visibles. Una, por ejemplo: en nuestros días hemos llegado a unas Declaraciones de Derechos técnico-jurídicamente muy perfeccionadas, auténticas filigranas de la ciencia constitucional, que recogen todos los derechos habidos y por haber. Temo estar prolongándome demasiado, pero he traído la constitución portuguesa de 1976 y quisiera leer algunos de los que la constitución portuguesa proclama: derecho al medio ambiente, al ocio, a la fruición cultural, etc. También la constitución española proclama demasiado, pero no en términos tan ambiciosos como la portuguesa.

Contrasta mucho el que los ingleses no se preocupasen —antes, porque ahora sí— de asegurar sus derechos mediante una declaración inmodificable, o el que los americanos no tengan sino un *Bill of Rights* pequeño, con la manía de países como Italia, Portugal y España, de hacer declaraciones muy detalladas estableciendo derechos acerca de la información, de la informática, del ocio; derechos para los minusválidos, para la tercera edad, para los niños, para todos... (excepto para el niño no nacido). Y, sin embar-

go, paradójicamente, esos derechos se construyen sobre un presupuesto que ya no existe, o que por lo menos no está socialmente aceptado, que es la naturaleza humana, como tampoco lo está la dignidad y valor de la persona humana.

b) Es una situación que incluso tiene algo de ridículo. Me parece que se puede aplicar aquí lo que dice Max Weber en *La Ética Protestante* a propósito del capitalismo. Es un texto muy duro en el que Weber, tras haber explicado el origen ascético protestante del capitalismo, hacia el final del libro dice: a juicio de Baxter —teólogo anglicano de los primeros momentos— la preocupación por la riqueza no debería pesar sobre los hombros de sus “santos” más que como “un manto sutil que en cualquier momento se puede arrojar al suelo”. Pero “la fatalidad hizo que el manto se trocase en férreo estuche”. El estuche o armazón ha quedado, con el paso del tiempo, vacío de espíritu, quizá definitivamente. Pero ahora el capitalismo, victorioso, no necesita ya de tal apoyo religioso, pues se basa en fundamentos puramente mecánicos.

Es como si ahora estuviera ocurriendo lo mismo a la Constitución: habiendo alcanzado general aceptación, y un nivel de perfección formal y procedimental antes nunca visto —y quizá tampoco muy buscado—, ahora se basa en la inercia y, en general, en fundamentos mecánicos y procedimentales.

6. A largo plazo, la pérdida de sus antiguos fundamentos (*sexta proposición*) puede resultar negativa para la Constitución; aunque ignoramos qué es lo que efectivamente va a ocurrir. Desde luego, como estos fundamentos son previos a la Constitución, que no los inventó, sino que los encontró ya existentes, es difícil que con medios solamente constitucionales se pudieran restaurar dichos pre-supuestos, ni tampoco crear *ex novo* otros alternativos.

* * *

¿Qué papel corresponde en todo esto a la comunicación? En el siglo XVII fue evidente que la comunicación jugó un gran papel. Primero, practicando la discusión y el intercambio de ideas en el ejército de Cromwell: discutían sobre el poder constituyente, sobre la Constitución, etc. Niveladores y Cavadores hacían circular panfletos. Hobbes dice en *Behemoth* que el núcleo de la rebelión han sido las universidades, y en el *Leviathan* combate ciertas ideas corrientes sobre la división de poderes, y de lo que dice se deduce que los medios de comunicación de la época habían difundido —aunque no creado— aquellos supuestos previos a la Constitución.

¿Qué papel está jugando ahora en el siglo XX? Me da la impresión de que no puede decirse lo mismo que del siglo XVII. Pero parece que no puede negarse que los medios de comunicación, hoy, incurren en el fallo de relativizar todo, convertir lo fáctico en normativo —y por motivos a veces bien frívolos—, ejercer malos efectos sobre la opinión pública ya sea excitándola, ya adormeciéndola, destruyendo o creando consensos y acuerdos ético-sociales y, al final, dejando a los ciudadanos convertidos en dóciles consumidores de noticias transitorias y datos perecederos. Y si el ciudadano alguna vez reacciona es para caer, perplejo, en un relativismo desorientado, en la apariencia de tolerancia del que, por no tener ideas, en el fondo no tiene nada que tolerar. Pero quizá no sea ella la causa última, quizá ella misma esté padeciendo los malos efectos de otras causas más profundas.