

La constitución en sentido material de Constantino Mortati*

The constitution in the material sense of Constantino Mortati

*Delio Maya Barroso***

Fecha recibido: 02/09/09

Fecha aceptado: 16/09/09

Resumen

El presente escrito tiene como objetivo explorar la obra *La Constitución en sentido material* del célebre profesor italiano Constantino Mortati, en busca de elementos que nutran la discusión en la Teoría del Derecho alrededor del problema fundamental del contenido material de la Constitución. Un tema de gran relevancia a la hora de discutir los límites del poder reformatorio de la Constitución y de abordar la compleja diferenciación entre Constitución o ley fundamental y normas ordinarias a partir de un contenido material. En él se hace una presentación sucinta del texto, se identifica la propuesta central de contenido material de la Constitución y se abordan algunas

* Es un artículo de reflexión que busca nutrir la discusión en la Teoría del Derecho alrededor del problema fundamental del contenido material de la Constitución.

** Abogado. Especialista en Ética y Filosofía Política. Estudiante de Doctorado en “Problemas Actuales del Derecho Público y Privado en la Europa del siglo XXI” Facultad de Derecho. UPV/EHU. Docente de tiempo completo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de San Buenaventura, Bogotá. Contacto: dmayab@gmail.com

problemáticas metodológicas relacionadas tales como: el tipo de Teoría del Derecho a la que corresponde la propuesta, qué significa si dicha teoría intenta ocupar la función de estabilización que corresponde a la dogmática jurídica y por último, la naturaleza de los apoyos sociológicos utilizados por el autor.

Palabras clave

Constitución, constitución material, ley fundamental, constitución originaria, reforma constitucional y fin político.

Abstract

This text has the objective to explore the work “The Constitution in the Material Sense” (La constitución en sentido material) of the famous Italian profesor Constantino Mortati, seeking elements that strengthens the discussion in the Theory of Law around the basic problem of the material content of the Constitution. A revelant theme at the time of discussing the limits of the reformatory power of the Constitution and at the time to approach the complex difference between the Constitution or the basic law and the common norms from a material content. Based on this a concise text presentation is carried out, a central proposal of the material content of the Constitution is identified, and some related problematic methodologies are discussed. Problematic methodologies such as Theory of Law to which the proposal corresponds, that means if this theory pretends to occupy the established function that corresponds to the legal dogma and to finish, the nature of the psychology support used by the autor.

Key words

Constitution, material constitution, basic law, original constitution, constitutional reform and political objective.

Introducción

Georg Jellinek en su célebre tratado “Teoría General del Estado” afirma que “Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad.” (Jellinek, 1980, p. 38). Tal principio no sólo regula la forma de organización de los asociados, sino también es el límite de la actuación de los mismos. Este importante principio, según él, es lo que se llama una Constitución¹.

No todas las constituciones se manifiestan de la misma forma. Una diferenciación, un tanto obvia, es la que centra la atención en la formulación es escrita o no de la Constitución. Los problemas que se suscitan con ocasión de una u otra son claves en el debate de la doctrina del Estado. Sin embargo, hay dos problemas muy importantes que atañen a los asuntos del texto del profesor Mortati: a) ¿Conviene seguir discriminando entre constituciones rígidas y flexibles², o entre partes de las mismas susceptibles de cambio conforme lo exija el contexto histórico-político?³, b) ¿Existe un contenido material que dote de estabilidad a la Constitución y disminuya las posibilidades

-
- 1 “La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”. (Jellinek, 1980, p. 381)
 - 2 La existencia o no de leyes constitucionales con mayor fuerza formal ha permitido la distinción entre constituciones, en su sentido material, rígida y flexible. (Jellinek, 1980, p. 404)
 - 3 “La mayor parte de las Constituciones imponen formalidades que dificultan su modificación. Consisten éstas, en las Constituciones que descansan sobre la idea del poder constituyente del pueblo, bien en el acuerdo directo del pueblo, ya en la revisión por Cámaras o en la consulta de los electores, o bien en la revisión por Cámaras convocadas especialmente para ello. De otra parte, las decisiones que tomen las Cámaras que hayan de modificar la Constitución, han de llenar infinidad de requisitos extraordinarios, entre los cuales se cuentan la de la una mayoría superior a la que ordinariamente se exige; existen además infinidad de combinaciones que juegan un papel importante...” (Jellinek, 1980, p. 401).

de arbitrariedad que suelen presentarse en la interpretación constitucional y en el funcionamiento de las instituciones estatales?⁴

Una versión positivista de estos problemas es la expuesta por Jellinek. Esta versión consiste en resaltar que “[...] la nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes, desde el punto de vista formal” (Jellinek, 1980, p. 403).

Es decir, la existencia o no de leyes constitucionales con mayor fuerza formal ha permitido la distinción entre constituciones, en sentido material, rígida y flexible (Jellinek, 1980, p. 404). El contenido de la Constitución es, según él, algo que escapa, por mucho que se intente, a la capacidad del derecho mismo y a los objetivos de la teoría del derecho y el Estado.

En el centro de este debate puede ser situado el texto de Constantino Mortati. En él se aborda, tal como lo afirma A. Bergareche Gros en el estudio preliminar, una forma diferente de pensar al Estado Moderno y con él una “interpretación, comprensión y teorización de una nueva teoría de la Constitución”⁵. Este

4 Afirma Jellinek acerca del contenido de la constitución lo siguiente: “... comprende aquélla los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos” (Jellinek, 1980, p. 402).

5 El estudio preliminar expone muy bien cómo este debate por el concepto de Constitución se da en un contexto muy particular, como lo es el tránsito del Estado Nacional centralista o centralizado del siglo XX al Estado de masas democrático o no democrático. Es decir, surge debido a la imprevisión del constitucionalismo liberal frente a la aparición de nuevas organizaciones de masas. Bajo el esquema trazado por el sistema liberal ya no era posible trabajar la libertad subjetiva y límites de dichas libertades en la confluencia con la libertad de otros, como los contenidos de la Constitución. La crisis de tal teoría se ve reflejada en el fracaso de los límites al poder trazados por la tesis de la separación de los poderes. Una crisis sin duda de la Teoría Liberal, en la que ya no se podía hablar de poderes, atribución apriorística, sino de funciones para el cumplimiento de fines. El dictamen según Bergareche Gros es el siguiente: El “... nuevo ordenamiento será consecuencia de la imposibilidad de resolver los problemas fundamentales que la propia evolución histórica ha introducido en la esquemática del Estado Liberal. El Estado fascista es una consecuencia no una novedad...” (Mortati, 2000, p. XXI). Esta idea también puede ser captada en las reflexiones que Hannah Arendt hace sobre el totalitarismo. A partir de

abordaje teórico al decir de Zagrebelsky “no es un intento de fundación jurídico-constitucional de una forma de Estado particular” (Mortati, 2000, p. 232), sino una concepción del Estado que puede ser aplicable a una forma de Estado particular en la cual se sitúa su autor⁶. Es conveniente preguntar por el tipo de teoría en la cual se enmarca la obra de Mortati. Pues el lector de “La Constitución en sentido Material” notará que pese al intento de Mortati por discernir los contenidos materiales y estables de la Constitución, en ella están

la cual se comprende que el totalitarismo es un modelo de política “... que tiende a originarse bajo la pérdida de la libertad que se produce en los modelos liberales y de bienestar. Esto significa que el totalitarismo, institucionalmente, aparece encubierto bajo algunos de estos paradigmas.” (Múnera, 2003). Una referencia directa a los textos de Arendt en: *Los orígenes del totalitarismo*. Quinta edición. Buenos Aires: Planeta- Agostini. 1994. Resultan útiles dos referencias adicionales, la primera desde la historia, en la que se muestra al fascismo como consecuencia de la crisis del liberalismo, según Eric Hobsbawm, “De todos los acontecimientos de esta era de las catástrofes, el que mayormente impresionó a los supervivientes del siglo XIX fue el hundimiento de los valores e instituciones de la civilización liberal cuyo progreso se daba por sentado en aquel siglo, al menos en las zonas del mundo «avanzadas» y en las que estaban avanzando. Esos valores implicaban el rechazo de la dictadura y del gobierno autoritario, el respeto del sistema constitucional con gobiernos libremente elegidos y asambleas representativas que garantizaban el imperio de la ley, y un conjunto aceptado de derechos y libertades de los ciudadanos, como las libertades de expresión, de opinión y de reunión”. Lo interesante del texto de Hobsbawm, es que la amenaza para el liberalismo surge de la derecha, la que aprovechó las instituciones liberales para ascender hasta la toma del poder y desde allí atacar al liberalismo. (Hobsbawm, 2003, p. 116-147). La segunda desde la teoría política, es George Sabine quien se encarga de poner en evidencia la naturaleza política de fascismo. “Sus partidos fueron crecimientos degenerados, productos de la desmoralización de la primera Guerra Mundial; sus dirigentes fueron demagogos y, a juzgar por su realizaciones, su desarrollo fue simplemente destructivo. Sus llamadas filosofías eran mosaicos de viejos prejuicios, reunidos sin tener en cuenta la verdad ni la coherencia, para apelar no a propósitos comunes sino a miedos y odios comunes. Tanto Hitler como Mussolini evitaron deliberadamente toda declaración abierta de una política, porque esto habría repugnado a algunos grupos a los que querían atraer [...] Al mismo tiempo, el fascismo y el nacionalsocialismo fueron auténticos movimientos populares que, momentáneamente, despertaron una lealtad fanática en miles de alemanes e italianos y hasta sus dirigentes máximos, obviamente cínicos, se engañaron a sí mismos casi en la misma medida en que engañaron a los demás” (Sabine, 1992, p. 632)

- 6 Zagrebelsky se hace una pregunta interesante para definir el ámbito teórico de la obra de Mortati: ¿Se puede definir la doctrina de la constitución en sentido material como una doctrina fascista o bien está dotada de significados más amplios? La respuesta dada por él mismo es muy clara: “... lo que se encuentra en las páginas de la constitución en sentido material no es una concepción fascista del Estado sino una concepción del Estado aplicable (y aplicada) al Fascista” (Mortati, 2000 p. 235)

ausentes las referencias a la idea de justicia⁷. Esto, sumado a la pretensión de generalidad y abstracción de realidades estatales concretas, abona a la idea de una teoría en el “nuevo el sentido” (Viehweg, 1991, p. 15-28). Visto así estamos claramente en presencia de una Teoría del Derecho. Pero tal afirmación encuentra una dificultad cuando la obra bajo examen se propone una tarea de fundamentación en relación con la Dogmática Jurídica⁸.

Un elemento adicional a este tema, serán las reflexiones en torno a los apoyos sociólogos utilizados por el autor. ¿La obra contiene una teoría jurídica de corte sociológica o pueden considerarse los elementos sociológicos en los que se apoya Mortati como de segundo orden? Mortati a lo largo del texto rechaza que el contenido de la Constitución o su fuente tengan un origen sociológico. Aún así, la pregunta resulta pertinente por cuanto Pedro Vega García afirma que la obra de Mortati se inscribe en una versión sociológica. La etiqueta empleada por Vega García para referirse a la obra de Mortati es la de “realismo sociológico a ultranza”⁹. Comprender esto es de mucha importancia debido a que permite resaltar las peculiaridades, éxitos y limitaciones de esta importante obra.

7 Uno de los problemas las claves de la Teoría del Derecho es que el centro de atención, que otrora era ocupado por la idea de justicia, pasa a ocuparlo un objeto concreto: las normas, el Estado, las instituciones, el Derecho mismo, entre otros.

8 Creemos que este es el sentido, como veremos más adelante, de la expresión “derecho en movimiento” usada por Mortati (Mortati, 2000, p. 122).

9 “Con menor fortuna en sus desarrollos posteriores, aunque con mayor resonancia y significación en el momento en que fueron expuestas, existen otras doctrinas encuadrables dentro de ese, que hemos denominado realismo sociológico a ultranza. En ellas habría que situar los diversos intentos por recuperar el concepto de Constitución material formulado por Lassalle (¿Qué es una Constitución?) en la pasada centuria, y cuyo exponente más significativo fue Mortati, con la publicación de su libro *La Costituzione in senso materiale*, donde elabora el concepto de régimen político, y donde se patentizan las ambigüedades de un constitucionalismo que, en pleno régimen fascista, pretendía obtener certificados de neutralidad axiológica y política” (Vega, 1998, p. 25).

Consecuente con lo anterior, realizaremos un estudio crítico de “La Constitución en sentido material” en dos apartados. En el primero se intentará dar cuenta de las tesis más importantes, en el entendido que es una labor un tanto compleja y el espacio disponible algo limitado. En segundo lugar, concentraremos nuestra atención en los asuntos metodológicos a los que se ha hecho referencia en esta introducción. Insistimos que es necesario conocer el tipo de teoría y la perspectiva disciplinar en la que se enmarca la obra. Por último, se consignarán unas breves conclusiones.

La constitución en sentido material

Por constitución en sentido material debe entenderse una propuesta teórica que busca dotar a la idea de Constitución, considera desde una perspectiva normativa, de “un punto de referencia estable en la sujeción del tiempo”. El punto arquimédico de apoyo sería un determinado contenido que tiene la función de permanecer inalterable, sea cual sea el tipo de ordenamiento y que confiere estabilidad a la forma del Estado que surge por su mediación (Mortati, 2000, p. 16). Pero debe observarse que el autor se enfrenta ante un dilema interesante, las opciones que se presentan como aparentemente irreconciliables son: a) la de hacer depender este contenido de un contexto histórico y político dado¹⁰ y b) la de fijar el punto de referencia fijo desde alguna imagen del derecho natural¹¹ o de

10 Esta primera opción plantea que “un concepto material de constitución podría darse sólo en referencia a un momento determinado del desarrollo histórico” (Mortati, 2000, p. 12).

11 Hay dos imágenes de Derecho Natural. Un rasgo diferenciador entre ellas es expuesta por Francisco Carpintero B. “... la teoría del derecho natural más antigua (así como la de todos los que hoy afirman que los derechos humanos inhiere en la dignidad especial de la persona) arranca desde un dato teológico: los primeros principios prácticos, que son justos y han de ser obedecidos porque constituyen una manifestación de la luz de Dios, como dice el salmista. Los modernos, en cambio, prescindir de cualquier dato teológico: el postulado de la igual libertad y la necesidad de salvaguardar los ‘derechos fundamentales’ constituyen la palanca omnipre-

la mera conceptualización teórica¹². Mortati toma un camino intermedio:

Se podría preguntar, por el contrario, si no hay espacio para buscar un contenido de la constitución independiente de las particularidades de las figuras histórica concretas de Estado; un contenido absoluto, típico, determinable a través de una deducción lógica mediante la búsqueda de la función constante que la constitución cumple en todo tipo de Estado, realizándola en correlación a las que deben considerarse las condiciones fundamentales para que un Estado pueda asumir una forma jurídica concreta y realizar sus misiones (Mortati, 2000, p. 13).

Así, su propuesta implica un nivel de abstracción, pero a diferencia de otros ejercicios de abstracción relacionados con el Estado¹³

sente en todos sus razonamientos. Por lo demás, desde el momento en que sólo admiten como derecho las leyes dictadas por el poder parlamentario, y niegan expresamente la posibilidad de cualquier ciencia del derecho, es patente que el suyo fue ante todo un empeño de naturaleza política: quisieron hacer realidad el 'Estado', es decir, la forma de convivencia y dominación específica de la Edad Contemporánea." (Carpintero, 1999, p. 340).

- 12 En más de una ocasión se refiere Mortati a la norma fundamental presupuesta como una abstracción teórica. Como una propuesta que no satisface la necesidad de un contenido material, que se requiere para una Constitución. Una interesante cita que ilustra lo anterior, tomada del texto del profesor Pedro Vega, es la siguiente: "Se había refugiado el positivismo jurídico en una teoría general del Estado abstracta e intemporal que le había permitido, por una parte, ocultar los grandes problemas políticos y sociales de la realidad histórica, y, por otra, prescindir de la lógica del Estado constitucional, tal y como fue planteada en los procesos revolucionarios burgueses. De alguna manera reacciona Kelsen contra ese doble abandono. Es verdad que su teoría pura del derecho y del Estado sigue presentándose en términos de abstracción y atemporalidad, y que su concepción de la democracia como método y como respeto de las reglas de juego de los distintos intereses sociales continúa apareciendo como una doctrina avalorativa y neutral. Pero no lo es menos que sus rectificaciones a la lógica jurídica del positivismo clásico (con la crítica, por ejemplo, a la distinción entre ley formal y material), y la eliminación arbitraria de las identidades entre pueblo y Estado iban a permitirle convertirse en pionero y protagonista de ese singular cambio histórico que supuso el paso de la razón de Estado a la razón de Constitución (Miranda)." (Vega, 1998, p. 16).
- 13 Como ejercicios de abstracción deben considerarse aquellos en los que el factor de integración y orientador en la interpretación del sentido de las instituciones es elaborado apriorísticamente, veamos dos casos: El primero es una interesante observación que hace Jellinek acerca de las fuentes de que se vale Montesquieu para elaborar su teoría de la funciones ante la objeción frecuente de que éste no había conocido a la Inglaterra real. Jellinek recuerda un pasaje del capítulo vi, libro xi, del *Espíritu de las Leyes* que es muy poco citado: "No me propongo examinar aquí si los ingleses gozan actualmente de esa libertad o no. Me basta consignar que la tienen

éste tiene su fuente en la realidad social. Una realidad que no es ajena a su propia realidad política.

Nuestro autor aclara que su propósito tampoco consiste en elaborar una abstracción que se aleje de la dimensión normativa. En tal sentido mantiene continuidad con el positivismo jurídico¹⁴, aunque le censura, al positivismo, haber dejado el elemento material de derecho en un estadio prejurídico¹⁵ o en un circuito independiente del derecho: la política, tal y como es entendida por el positivismo jurídico¹⁶.

establecida en sus leyes; no quiero saber más” No podía decir con más claridad Montesquieu que no era la Inglaterra real la que realizaba la libertad política, sino una Inglaterra construida por él como prototipo de Estado, tomando por base determinados datos concretos” (Jellinek, 1980, p. 457). El otro caso es el de John Austin, para quien el principio de utilidad determina el contenido de las normas jurídicas, siendo, el propósito o fin perseguido por el gobierno político asegurar la obediencia y en gran medida también su estabilidad. “El principio de utilidad, bien o mal comprendido, ha sido normalmente el principio consultado al hacer las leyes; y, por ello, con frecuencia, no se puede explicar de un modo claro y preciso el alcance y el propósito de una determinada ley sin tener presente el principio de utilidad” (Austin, 2002, p. 79). Para mayor claridad, hay que considerar que para Austin, siguiendo las tesis de Jeremy Bentham, el principio de utilidad no es una mera categoría filosófica, sino el resultado de una “aritmética moral” resultado del análisis de la naturaleza del hombre, su posición frente al placer y el dolor. En tal sentido el principio detendría una fuente empírica.

- 14 “... parece oportuno no limitar esta investigación a una esfera tan abstractamente genérica, sino acercarla al derecho positivo, dirigiéndola al modo en que la función típica de la constitución se realiza en la organización del Estado moderno, como se puede destacar mediante la abstracción y la generalización de algunos caracteres propios de las instituciones constitucionales de aquel tipo de Estado...” (Mortati, 2000, p. 17).
- 15 Mortati afirma que “prescindir del texto para buscar en otra parte la materia que se debe someter a la disciplina particular de las leyes constitucionales exigiría trascender el orden legal, lo cual sólo podría suceder a través de una investigación que al positivista le debe parecer extraña a la misión del jurista” (Mortati, 2000, p. 23).
- 16 “El Derecho y la Política se distinguen por ser dos sistemas normativos distintos. Al oponer la Política al Derecho el término “Política” se usa en un sentido más reducido que al admitir la separación entre Ciencia natural y Política, entendiéndose por Política cualquier sistema normativo. Admitir la separación entre la ciencia del Derecho positivo y la Política implica que el jurista, al describir su objeto, debe evitar los juicios de valor políticos como juicios que se refieren a normas distintas de las del Derecho positivo; y especialmente debe evitar evaluar el objeto de estudio como justo o injusto. La autoridad legal, no el jurista, es quien debe preferir algo por justo o por injusto. Pero a pesar de que la ciencia jurídica puede y debe separarse de la política, es decir, a pesar de que el jurista debe evitar juicios de valor políticos, la elaboración de ley, que

Así, Mortati mostrará que tales contenidos no sólo importan en al análisis jurídico sino que también tienen estatus normativo. Pero, por esa vía teme matricular su obra en alguna corriente sociológica. Las mismas que creen encontrar en la descripción de los elementos sociales el fundamento material del Derecho, el Estado y su Constitución. Una perspectiva jurídica del Estado como la suya no puede permitirse tal solapamiento¹⁷. La facticidad por sí sola no puede garantizar la estabilidad de las instituciones. Si ha de pensarse las instituciones a largo plazo es menester que se reconcilien, en alguna forma, perspectiva jurídica y sociológica. Debe existir un vínculo posible entre elementos materiales y la formalidad del derecho, esa la hipótesis de Mortati.

Tras revisar las teorías que intentan dar cuenta de los fundamentos de la Constitución, Mortati se propone tres tareas de importancia, indagar por el contenido y la naturaleza de la Constitución y exponer su utilidad a partir de la clarificación de las funciones que ésta desempeñaría en un Estado Moderno.

En relación con el contenido de la Constitución, Mortati parte de una premisa según la cual hay características ineliminables del Estado. Es decir todo Estado es *estable, autoritario, coactivo, necesario y total*, pero tales características no surgen de un a priori, son el producto de la dinámica de la comunidad social subyacente. Esta comunidad ha producido o decantado elementos organizativos que hay que considerar necesarios para que pueda subsistir el orden en el que el Estado mismo se concreta (Mortati, 2000, p. 65). Son estos elementos los que proporcionan el contenido material de la constitución. Pero, en este punto Mortati se encuentra

compete a la autoridad legal, no puede separarse de la Política”(Kelsen, ¿Qué es la justicia?, 2001, p. 272)

17 Para estas corrientes el fundamento de la unidad y validez del sistema de las normas positivas radica en un elemento heterogéneo que vive sólo en el mundo de la realidad material.

con una nueva dificultad, “la comunidad como tal, incluso si es homogénea, para determinados aspectos en su composición, no puede ofrecer la disposición estable y de conjunto capaz de formar el contenido, que aquí se busca, de la constitución material...” (Mortati, 2000, p. 70).

El camino a seguir entonces es otro, distinto al de la mera constatación de elementos fácticos, hay que mirar a un orden más simple y más amplio de la comunidad social misma, “... ya no considerándola indiferenciada sino ordenada de acuerdo a un mínimo de elementos organizativos necesarios para poder pensarla capaz de actividad...” (Mortati, 2000, p. 70).

Esta sin duda es una hipótesis teórica. Este Estado en su manifestación originaria aun le falta la determinación de funciones y de poderes. La estructura más simple y la constitución jurídica no se identifican con ella, y en forma alguna en la expresión de ese orden concreto (Mortati, 2000, p. 72).

Esta construcción teórica coincide en gran medida con la forma organizativa del Estado Moderno, “... del tipo de Estado que surge en el continente europeo con la Revolución francesa” (Mortati, 2000, p. 80). Allí buscará, en ese Estado tipo, los elementos característicos básicos que definen en contenido de la Constitución en sentido material. Uno de los *caracteres esenciales del Estado Moderno es la representatividad* (Mortati, 2000, p. 80).

Este carácter nos remite a las organizaciones dirigidas “a la consecución de fines personales de sus componentes objetivos limitados a sectores particulares de la vida asociada” (Mortati, 2000, p. 80), pero que mutan, dejando el lugar debido a la autonomía personal de los jefes, en agrupaciones en las que predomina una “idea política general” (Mortati, 2000, p. 81). Estado y partidos coinciden, pues el Estado en forma concreta “no es más que la realización de una idea política” (Mortati, 2000, p. 82).

Esto conduce a Mortati a una interesante conclusión “el Partido, en sentido específico, es, en definitiva, el elemento activo de la institución originaria, necesario para que ésta asuma una forma política y, por lo tanto, no puede ser más que único, como único es el principio de cualquier forma política...” (Mortati, 2000, p. 83).

Así, el partido cumple una función creativa y se constituye en un elemento tanto instrumental¹⁸ como material¹⁹. El paso argumentativo está dado y hay en él una serie de condiciones necesarias con las cuales “... una determinada sociedad puede alcanzar el grado de unidad política que le permite elevarse a Estado, es decir, transformarse del ente producido por la unión de intereses parciales y fragmentarios o agrupado sólo por un conjunto de sentimientos comunes, en institución autoritaria, organizada para fines generales y capaz de realizarlos...” (Mortati, 2000, p. 84).

El partido es ese elemento que no habíamos observado con suficiencia y que permite armonizar intereses particulares y generales, y en el cual se concretizan los fines de una colectividad. No es la sociedad ampliada sino un segmento operativo de la misma la que da dinamismo y concreción al Estado moderno²⁰.

18 En tanto elemento instrumental “el partido, en el Estado moderno, es el sujeto del que emana la constitución fundamental y que se establece como uno de los elementos, el instrumental, necesario para componer su materia típica” (Mortati, 2000, p. 84)

19 En tanto elemento material “está dado, como se ha dicho, por la idea, es decir, por un elemento objetivo, lo suficientemente comprensivo como para permitir apreciar de modo unitario los distintos intereses que se reúnen en torno al Estado; tan rígido que puede establecerse como punto fijo incluso en las posibles oscilaciones de las relaciones de fuerza que se puedan dar a lo largo del tiempo; pero, también, tan elástico que pueda dirigir el desarrollo de la vida asociada permitiendo las adaptaciones requeridas por el Estado”. (Mortati, 2000, p. 84)

20 Esta enunciación del carácter definitorio del Estado moderno, puede ser contrastada con las versiones del positivismo jurídico en Hans Kelsen y Herbert Hart. En Kelsen el carácter definitorio del Estado moderno se encuentra en la enunciación positiva del derecho, es decir en la concentración de coerción social mediante el uso de la técnica normativa, o lo que es lo mismo, cuando el uso de la fuerza es centralizada y diferenciada de las otras formas de regulación. Sobre este punto ver “El Derecho como técnica social específica” (Kelsen, ¿Qué es la justicia?, 2001). Para Herbert Hart, el carácter definitorio del Estado moderno se encuentra en

Omitiremos las referencias al ciclo de clarificaciones en las que Mortati revisa y rechaza las imágenes u opiniones inconsistentes con su exposición de constitución originaria, para concentrarnos en el carácter normativo del fin fundamental. Fin que se decanta de la imagen de constitución originaria. Se pregunta nuestro autor si el fin fundamental puede cumplir con la función predeterminada a la norma. Se pregunta, si tal fin puede ser, según entendemos, un *sustituto funcional*²¹ de la norma. Para responder a esta inquietud Mortati debe rechazar expresamente una idea frecuentemente sostenida por el Positivismo Jurídico, según la cual el derecho es sólo una ciencia de medios y la política la ciencia de los fines (Mortati, 2000, p. 118). Al objetar esta distinción Mortati atribuye al derecho y a la política funciones entrelazadas. A tal grado que el ámbito de lo jurídico se extiende más allá de los límites vendados por el Positivismo Jurídico. Por eso no le resulta problemático que la norma suprema pueda etiquetarse con el término de “derecho político” (Mortati, 2000, p. 118). Este fin fundamental:

...no sólo constituye el presupuesto para la formación del derecho, no ofrece sólo el contenido para sus normas; sino que además opera de modo directo en el sentido que proporciona el criterio para poder juzgar tanto el cumplimiento de la obligación que recae sobre los órganos de observar y realizar el fin general del ordenamiento, como el de la validez de los actos, en

la especialización y diferenciación de la producción normativa. Un orden jurídico se transforma de primitivo a moderno en la medida en que los problemas relacionados con la falta de certeza, carácter estático de las normas y la ineficacia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas, son solucionadas por medio de normas diferentes de aquellas que imponer deberes y obligaciones, es decir, de normas primarias de obligación. Esto sólo es posible por la diferenciación en la producción de normas. Un orden jurídico es moderno si además de normas primarias de obligación posee otro tipo de normas, a las que él llama secundarias. Que son las que regulan la forma como se atribuyen los poderes y facultades públicas y privadas. Estas normas son de adjudicación, cambio y reconocimiento. (Hart, 1998, p. 23-153).

- 21 “Hay que preguntarse si un fin, sea el que sea, puede establecerse como contenido de un precepto jurídico, o si por el contrario no puede ofrecer en ningún caso la materia suficiente para una norma material...” (Mortati, 2000, p. 98).

lo que se refiere a su correspondencia por la parte no regula por la ley” (Mortati, 2000, p. 122).

Esto le permite a Mortati hablar de un derecho “en movimiento” donde la actividad jurídica está “... destinada a ejercerse a través de disposiciones unidas a las exigencias de las reglas políticas, que pueden deducirse a el fin” (Mortati, 2000, p. 122). La conclusión de Mortati es muy clara “... el fin político, en cuanto incorporado en una institución estatal, no sólo no pertenece a un estudio prejurídico, sino que, formando la esencia misma de la Constitución fundamental, se convierte en la primera fuente del derecho del Estado” (Mortati, 2000, p. 123).

Pero habría aquí que objetar un asunto, el concepto de “fin político” que tiene como objetivo disminuir la indeterminación de contenidos de la Constitución, tesis ampliamente defendida por el positivismo jurídico, cumple paradójicamente la misma función que el concepto de “voluntad”²². Aquel es un concepto vacío de contenido hasta tanto no se sitúa en un contexto político concreto. Pero las referencias a un contexto político concreto han sido desplazadas por una estrategia metodológica consiente en la “constitución originaria” que no deja de ser una abstracción.

El intento de Mortati por mantenerse en el nivel de generalidad le obligó a rechazar los apoyos sociológicos explícitos. Pero afirmar esto sin más es un grave error. Para superar la débil seguridad, tanto

22 Para Kelsen el abordaje del derecho y sus normas desde la ciencia consiste en un acto de conocimiento, tan y como la ciencia aborda sus problemas. Pero la producción e interpretación de las normas jurídicas es también un acto de voluntad. En ambos casos el contenido queda en el campo de la contingencia, hay unos elementos característicos de orden general que permiten identificar al derecho positivo en medio de otras formas de regulación social, también normativas, pero el contenido mismo depende de que a tales normas se les ubique en un contexto histórico y político concreto. El problema de la norma fundamental presupuesta o hipotética sigue este camino. Podemos saber con certeza que es derecho positivo, desde una perspectiva general, pero desde la misma perspectiva no podemos asegurar contenido alguno, a menos que renunciemos en nivel de abstracción o definamos fines o valores en forma a priori.

en la validez (existencia formal) como en sus contenidos (existencia material), Mortati hace depender el “fin fundamental” de la dinámica de intereses y fines que se debaten en las asociaciones políticas. Ello es sin duda un apoyo sociológico de segundo orden, como lo veremos en el apartado siguiente. Esto no habría sido posible sin revalorar la tarea de la política, es decir, sin una diferente comprensión de sus alcances y posibilidades. Lo que resulta extraño es que Mortati sostenga, a pesar de esta resignificación del concepto de política, la dualidad entre derecho y política²³.

Que el derecho en su dimensión formal comporte altos niveles de contingencia y su labor interpretativa y de aplicación un espacio amplio para la discrecionalidad, no resulta sorprendente, el positivismo jurídico ha insistido en ello²⁴, pero, el que de la política puedan surgir elementos que doten de estabilidad a la Constitución en tanto constitución jurídica es el asunto más problemático, y puede llegar a

23 Para Mortati “la política, aunque no identificándose con el derecho, aparece como éste en la posición de medio y ambos están dirigidos a la realización” (Mortati, 2000, p. 121).

24 “La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor grado de juego para la libre discrecionalidad...” (Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 1982, p. 350). Una expresión más contundente se encuentra en la primera edición de la *Teoría Pura*: “Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los órganos encargados de aplicarlos, con lo que se garantiza si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que solo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.” (Kelsen, 1979, p. 171). Un apoyo interesante para el estudio de este tema lo encontramos Norbert Hoerster, quien muestra como de cinco tesis que suelen atribuirse al positivismo jurídico sólo dos de ellas son acertadas. El positivismo centra su atención en el concepto de neutralidad, es decir el derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido, pero también defiende la idea de que los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva. Así por un lado, podemos conocer objetivamente al derecho positivo, pero solo subjetivamente se definen sus contenidos. (Hoerster, 1992, p. 11)

significar, incluso, una añoranza por las promesas de inmutabilidad y certeza del derecho natural²⁵.

La intención de juridizar las fuerzas políticas que dotan de dinamismo a la constitución originaria implica incorporar al ámbito del derecho elementos que la teoría jurídica positivista ha descartado como innecesarios, y al hacerlo sacrifica la pretensión de claridad metodológica. Transformar lo político en jurídico incorporándolo como valor necesario ensombrece la ya difusa frontera entre derecho y política, mas, pone en aprietos al teórico del derecho a la hora de distinguir entre derecho y otras formas de vinculación social, a las que, sólo excepcionalmente se les atribuye una función jurídica. Aquí cabría la misma observación que frente al Derecho Natural: Que el derecho positivo contenga, por necesidad u fortuita coincidencia, elementos provenientes de doctrinas e ideologías, no hace que todos los supuestos o “normas” morales o ideales, tengan un valor jurídico vinculante. Así, resulta extraño que el fin político que surge de la dinámica de las instituciones, y que encuentra su espacio de concreción en las organizaciones políticas en forma de partidos, trueque en forma jurídica por mucho que tenga vocación para determinar el sentido de interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Debe considerarse por último, la función, que según Mortati, cumple la Constitución en sentido material, incluso, ex post la constitución formal. La Constitución material puede desempeñar, por lo menos, tres tareas principales a) Servir como garantía de la

25 Una presentación sencilla de la seguridad que ofrece el Derecho Natural la expone el profesor “La idea de Derecho Natural está encastrada en los orígenes de la cultura occidental, de modo que si prescindieramos académicamente de ella sería imposible entender el desarrollo de nuestra historia. En los países mediterráneos siempre ha existido la fe en unas normas o principios de justicia que no dependen de la voluntad humana, personal o colectiva.” (Carpintero, 1999, p. 327)

validez de la constitución formal²⁶, b) Como criterio de unificación del sistema jurídico²⁷, y c) Como medio para el mantenimiento del fin esencial ante los cambios constitucionales²⁸. Estas tareas son importantes debido al

26 “... ella actúa ante todo como fuente de validez o del establecimiento positivo de la constitución formal. Ya se ha dicho cómo el elemento positivo o vigencia es carácter esencial del derecho y cómo los elementos, que sirven para otorgar fundamento a la previsión de la realización efectiva de las normas, deben ser considerados partes constitutivas del orden jurídico y no simples presupuestos. Son las fuerzas políticas las que garantizan el cumplimiento de tales previsiones mediante la organización que imprimen a la sociedad en la que actúan” (Mortati, 2000, p. 137)

27 “Una segunda función de la constitución es la de establecer la unidad de un ordenamiento jurídico dado, es decir, de reunir las diversas fuentes de producción del derecho, de modo que éstas aparezcan como expresión de un mismo pensamiento, partes de un sistema único. Con esta pretensión se puede preguntar ante todo cómo se debe concebir la unidad de la que se ha hablado y, en concreto, si es posible que alcance un grado de plenitud capaz de evitar cualquier desarmonía [...] En realidad, no se trata de la coexistencia de muchos ordenamientos diversos, sino de más de una fuente de un mismo ordenamiento, que asumen en diferentes momentos una posición diferente entre sí, pero siempre se coordinan no en virtud de un acuerdo caso por caso sino precisamente en virtud de la posición institucional respectiva, alcanzando así la unidad.” (Mortati, 2000, p. 143-144). Una idea más clara expuesta por Mortati es la siguiente: “El criterio material, que se busca, puede mostrarse apto para unificar las diversas fuentes de producción en cuanto las preexista, es decir, en cuanto tenga su autonomía frente a ellas. Las leyes individuales no podrían constituir un todo unitario y unirse en sistema si no les animase un pensamiento común que las precediese y coordinase. Como ya se ha observado repetidamente, no sería suficiente la derivación desde un órgano común para conferir la unidad en el sentido que sería necesario. Ésta, como queda de manifiesto en el presente tratado, no puede ser dada más que por el fin político, que informa de por sí un ordenamiento dado, y que, por lo tanto, asume una función específica propia como fuente jurídica formal, inmediatamente vinculante, capaz de dar cumplimiento a la función, de la que se ha hablado, como anticipadora e integradora de la ley, precisamente en cuanto vinculante sólo como fin, susceptible de adaptación -a través del procedimiento que se ha examinado- a las situaciones concretas, siempre diversas e imprevisibles en su modo de presentarse. Parece que sólo haciendo referencia a este fin pueda darse un sentido concreto a conceptos que son usados con fórmulas diversas (como por ejemplo: naturaleza de la institución, espíritu del sistema, etc.) para designar fuentes de derecho no escrito, consideradas como fundamentales y primarias, respecto a las otras de carácter derivado.” (Mortati, 2000, p.150-151).

28 “Una última función de la constitución en sentido material sobre la que es necesario pararse brevemente: la dirigida a garantizar el mantenimiento del fin esencial que sirve para identificar un tipo de Estado frente a otros por encima del cambio de las instituciones individuales o de las orientaciones particulares. (Mortati, 2000, p. 199 – 200). En forma más clara podemos ver cómo al fin fundamental permite distinguir entre la esencia y lo accidental de una constitución: “En su núcleo esencial, la forma de Estado está dada por el valor o por el conjunto de los valores, de los que son portadores una clase social dada y el partido que es su expresión activa, y en torno a los cuales están coordinadas las diferentes instituciones estatales. Éstas aparecen

...carácter necesariamente inacabado y elástico de la constitución formal, destinada a regular la vida del Estado en su totalidad a través de formulaciones de principios genéricos y de directivas de máximas que tienen necesidad de ser desarrolladas y adaptadas a las particulares y modificables exigencias de la vida del Estado, imprevisibles en el momento de la emanación de la constitución. (Mortati, 2000, p. 129).

La Constitución material es, por decirlo como lo dice Mortati, una Constitución “a la segunda potencia” al lado de la constitución formal²⁹. Un poder que no debe confundirse con el poder constituyente (Mortati, 2000, p. 132). La función atribuida es muy clara, ella puede “... sintéticamente representarse como fuente suprema del ordenamiento, pero fuente autónoma que en consecuencia no se agota en las fuentes a las que se ha dado forma positiva y no opera exclusivamente mediante su trámite, sino también de forma inmediata y directa”. (Mortati, 2000, p. 133).

Como “fuente suprema del ordenamiento” recibe una tarea muy importante, servir de elemento clave en la solución de problemas al interior del sistema jurídico, esta tarea práctica hace que tenga sentido la dualidad entre constitución formal y constitución

en la función de medios en relación con el fin; medios que, teniendo distinta relevancia respecto a éste, es decir, más o menos esenciales para su consecución, justifican la distinción entre parte constante y parte variable de la constitución. Es suficiente referirse a cuanto se ha dicho precedentemente para entender cómo este principio esencial de forma no se disuelve enteramente en las instituciones jurídicas individuales que lo realizan, sino que, como también sucede en los regímenes en los que las fuerzas sociales que lo elaboran y los sostienen están insertos formalmente en la organización del Estado, éste conserva su posición autónoma, puesto que precede a las instituciones, forma en ellas lo que se suele llamar el espíritu, condiciona su funcionamiento y preside su desarrollo.” (Mortati, 2000, p. 216 -218).

- 29 La constitución formal “derriba de la primera, nunca totalmente absorbida en ésta, pero de la misma naturaleza; más o menos íntimamente conectada y armonizada con la misma, y también tendente a compenetrarse con ella de acuerdo con un proceso, que no se debe entender exactamente como expresión de una necesidad histórica, porque está condicionado a factores contingentes particulares, y que puede llamarse, en el sentido que se ha dicho, proceso de «racionalización del poder»” (Mortati, 2000, p. 132).

material³⁰ y es donde, la obra de Mortati parece que intenta ocupar la función de estabilización del orden jurídico que otrora ocupa la Dogmática Jurídica³¹. Esta función de estabilización le permite, ya en los problemas concretos relativos al funcionamiento del Estado moderno, tener pautas para una adecuada interpretación y aplicación del derecho, y no sólo en los escenarios judiciales, sino especialmente, en las decisiones institucionales.

En el apartado siguiente, nos ocuparemos en forma breve, de indagar por el tipo de elaboración conceptual al que corresponde “La Constitución en sentido material”, en especial por dos asuntos relacionados, el primero, comprender qué significa que la “constitución material” intenta también ocupar la función de estabilización que corresponde a la dogmática jurídica y el segundo, la naturaleza

30 Este tipo de dualismos preocuparon mucho a Kelsen, pues, pueden significar la pervivencia de tesis naturalistas. El escrito que estimamos más pertinente para este debate es el titulado “Dios y el Estado”. El tema central del escrito es la persistencia del dualismo del Derecho Natural en la Doctrina del Derecho, incluso en aquellas teorías que se denominan, a sí mismas, “positivas”. Por ello Kelsen mostrará que la figura antropomórfica de Dios es reemplazada por la del Estado, así subsiste un dualismo inaceptable: la del Estado como ente independiente de las normas jurídicas. Esta imagen del Estado ha generado un curioso paralelismo entre los problemas de la teología y los de la doctrina del derecho. El propósito central de Kelsen ya es ampliamente conocido: defender la tesis de que el Estado y el Derecho son una y la misma cosa. El concepto de Estado es una herramienta de la técnica jurídica para describir o simplificar un conjunto de normas. Estado es un punto de unidad y una ficción técnica para dar cuenta de la regulación de funciones, autorizaciones y prohibiciones. Así, detrás de la imagen de Estado (antropomórfico), al igual que detrás de la “persona” (jurídica en sentido amplio), hay sólo hombres. No deja de haber un elemento psicológico que hace de la ficción “Estado” una herramienta ideológica poderosa. La Teoría Pura del Derecho siendo una postura científica y no ideológica, según Kelsen, debe denunciar este uso ideológico del término y rescatar su uso técnico: El Estado no es algo diferente del derecho, es sólo un término para describir las normas relacionadas con la regulación del poder. Para Kelsen, con esta consideración desaparece una forma de dualismo que ha sobrevivido luego del ocaso de las teorías jusnaturalistas. Igual suerte debe correr el dualismo entre “persona natural” y “persona jurídica”, pero en tal caso esgrimirá unos argumentos un tanto diferentes. (Kelsen, Dios y Estado (1922-1923), 1989, p. 243–266), una explicación más sintética de lo dicho en este ensayo se encuentra en: Kelsen, H. (1975). Teoría general del Estado. México: UNAM., p. 100-105

31 Se analizará este punto en el apartado siguiente.

de los apoyos sociológicos utilizados por el autor, a pesar, de la insistencia de éste por alejarse de la sociología.

Reflexiones sobre el abordaje metodológico

Comenzaremos estas reflexiones recordando una de Jellinek sobre el método de la doctrina del Estado, en el que afirma la necesidad de hacer distinciones sutiles para *no tomar imágenes y analogías por verdades reales* (Jellinek, 1980, p. 19). Un apunte que recuerda Austin, para quien

La jurisprudencia tiene por objeto el derecho positivo: es el derecho simple y estrictamente así llamado, esto es, el derecho impuesto por los superiores políticos a sus súbditos. Pero el derecho positivo (o el derecho simple y estrictamente así llamado) se confunde a menudo con objetos con los que está relacionado por semejanza y analogía, con objetos que también se designan, propia o impropriadamente, con la amplia e imprecisa expresión derecho (Austin, 2002, pág. 33).

Creo que en estos aspectos más que evitar el error, es preciso prevenir la confusión. El intento de clarificación que a continuación realizaremos, tiene el propósito de tematizar algunos problemas metodológicos, no todos, ni en la profundidad deseada, pero si los que estimamos más importantes.

Jellinek, nos dice que la historia de la doctrina del Estado “... es, en gran parte, historia de los ensayos para conocer el Estado tipo, y expresa, pues, esencialmente, la conversión de toda la citada doctrina en política” (Jellinek, 1980, p. 25).

Estos ensayos no son otra cosa que una forma de afinar de un modo definitivo el “Tipo ideal” del Estado. Estos “tipos ideales” son el fin de la especulación política, que ocurre como él mismo lo afirma, *no* “en frías especulaciones o investigaciones científicas” sino en “en hondas luchas políticas de una época y de sus partidos” (Jellinek, 1980, 26) Jellinek opone a los “Tipos ideales” *los* “Tipos empíricos”

que significa la unificación entre los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Estos son “una abstracción que en la mente del investigador se perfecciona y que frente a la pluralidad indefinida de fenómenos permanece como lo real”. La labor de la ciencia del Estado consiste en hallar el “Tipo empírico”. Él se halla por vía inductiva, es decir, “mediante la comparación de los Estados particulares, su organización y sus funciones”³².

¿Cuál es el camino seguido por Mortati? Parece claro, por lo que hemos visto en el apartado anterior, que Mortati, ha decidido buscar un “tipo empírico” de Estado. Ya hemos observado como Mortati se mueve en el umbral de un ejercicio de abstracción que luego termina concretando en la descripción de la dinámica de un segmento social de la sociedad, organizada como Estado de Derecho, como son los partidos políticos. Sin duda “La Constitución en sentido material” es una teoría que se niega a perder el referente empírico y que coincidiendo con la recomendación de Jellinek, quiere o desea proceder de una forma inductiva. Pero, ¿qué tipo de Teoría del Derecho es?, ¿cuál es su relación con la Dogmática Jurídica?

Tratemos de precisar primero qué entenderemos por Teoría del Derecho. Arthur Kaufmann nos dice que la Teoría del Derecho se caracteriza por no limitarse al derecho vigente, es decir, procede por principio transistemáticamente, pero tampoco se ocupa de hechos, como la sociología del derecho (Kaufmann, 1999, p. 49). Ella es según Kaufmann, una *emancipación* de la Filosofía del Dere-

32 Estos tipos se pueden percibir como en permanente progreso y cambio “evolutivo” o como permanente. El Estado puede considerarse desde dos posiciones científicas, así igual y concurrente con ellos, la doctrina puede investigar dos tipos: El histórico-social y el jurídico. “Para la investigación de uno y otro aspecto de la vida del Estado se necesitan métodos diferentes”, aclara Jellinek. Dejando siempre en claro que “La doctrina jurídica del Estado es, como ya hemos dicho, una ciencia de normas, las cuales han de ser claramente diferenciadas de las afirmaciones acerca del ser del Estado como fenómeno social”. “Gran parte de las disensiones metodológicas en esta disciplina proceden de la falta de claridad con que suele verse esta doble naturaleza del Estado...” (Jellinek, 1980, 29 - 37).

cho³³, solo indirectamente se ocupa de lo que es *justo*. Por su parte Viehweg distingue entre dos momentos de la Teoría del Derecho, según la relación de ésta con Dogmática Jurídica. En el viejo sentido, la Teoría del Derecho tiene como función ser la *fundamentación última* de la labor de unificación de los dogmas fundamentales (Viehweg, 1991, p. 17). La dogmática jurídica, para lograr su propósito de estabilización requiere de una Teoría del Derecho que "...responda concretamente a la pregunta acerca de qué es lo que, en última instancia, se considera como *justum*" (Viehweg, 1991, p. 17).

En el nuevo sentido, la Teoría del Derecho "... no puede servir a la dogmática jurídica de la misma manera que la antigua" y tampoco desea hacerlo, al menos no en primer lugar (Viehweg, 1991, p. 24). Ella se ve a sí misma como una investigación independiente no orientada a solucionar problemas intrasistemáticos. La razón de este cambio se debe a que la Teoría del Derecho desea ser una moderna teoría estructural (Viehweg, 1991, p. 22). Ella se muestra escéptica frente al problema de la justicia o prefiere desplazar el problema a un segundo plano. Otra razón, muy importante, es que ésta "parte de fenómenos jurídicos y se preocupa por averiguar su estructura desde el punto de vista lógico o sociológico o en ambos aspectos. Exige siempre un lenguaje exacto, científico, es decir, óptimamente controlable." (Viehweg, 1991, p. 23).

La Teoría del Derecho así entendida resulta inaccesible o extraña para el operador jurídico, quien no encuentra, en esta nueva actividad intelectual, la fundamentación última que la vieja Teoría del Derecho proveía.

33 Kaufman aclara que no hay "ningún criterio nítido de delimitación entre filosofía del derecho y teoría del derecho. En principio sólo se puede enumerar casuísticamente lo que hoy se discute bajo la designación de la «teoría del derecho»" (Kaufmann, 1999, p. 50)

Siguiendo lo anterior, podemos volver a nuestras preguntas, la constitución en sentido material quiere cumplir algunas funciones que le corresponde a la Teoría de Derecho en el viejo sentido, cuando desea controlar la discrecionalidad del gobierno independiente y asegurar la unidad al ordenamiento (Mortati, 2000, p. XXII), garantizándole al sistema una fundamentación última. Ello bastaría para afirmar, sin más, que “La Constitución en sentido material” es una Teoría el Derecho en el viejo sentido tal y como lo expone Viehweg, pero falta por analizar algunos aspectos.

Ella pretende ser una teoría estructural, muy de la mano del Positivismo Jurídico, en tal caso, acude a elementos empíricos analizados en su estructural lógica. Además, hay una clara ausencia, si no rechazo, a la reflexión de lo justo, al menos tal y como las viejas doctrinas del Derecho Natural lo habían hecho. La formulación de su lenguaje y el nivel de abstracción que ella misma propone hacen que pueda resultar ajena a los propósitos de fundamentación última de la Dogmática Jurídica. Por tal razón, nos inclinamos a pensar que la obra de Mortati es una Teoría del Derecho en el nuevo sentido y no en el viejo como lo habíamos sugerido hace un momento. Su desconexión con la Dogmática Jurídica no la demeritan, pero vista desde esta perspectiva, no es más ni menos útil que los empeños teóricos de Bentham, Austin, Jellinek, Kelsen, Hart y otros positivistas.

El último punto, y en forma muy breve, que nos resta por analizar se sitúa en los apoyos sociológicos utilizados por Mortati. Es comprensible que nuestro autor resalte, una y otra vez, que ni la constitución originaria y ni el fin fundamental surgen del mero hecho social. Visto desde su propio autor, no es una propuesta sociológica. A tanto que rechaza todo intento de explicación del contenido material a partir de la descripción sociológica, pues ello implicaría un desplazamiento del foco de atención y el eclipse de lo jurídico. Pero, afirmamos que el rechazo del autor de la obra a una particular formulación sociológica no implica que su perspectiva deje de

ser sociológica o al menos informada sociológicamente³⁴. Mortati se apoya en el papel protagónico del partido y le atribuye una función jurídica a las fuerzas de partido, tesis a la que no puede llegar sino con la renuncia al análisis de los hechos sociales. Aunque no es un estudio propiamente sociológico sería impropio negar que se apoya, al menos, en una perspectiva sociológica.

Conclusiones

A manera de conclusión, podemos resaltar que la obra de Mortati se constituye en un interesante texto de Teoría del Derecho, que intenta fundamentar el contenido material de la Constitución a partir de la construcción de un modelo teórico de *Estado tipo* no ideal sino empírico, tal y como lo propone Jellinek, siendo el propósito más acorde con la moderna doctrina del Estado. El contenido Material pese a su abstracción, se encuentra atado a ciertos apoyos sociológicos, por eso afirmamos que es una teoría “informada sociológicamente”. Este punto de partida le lleva a entrelazar derecho y política, y a fundamentar, a nuestro juicio, sin éxito, la naturaleza jurídica del “fin político” o del “fin fundamental”.

Aunque es una teoría que promete cumplir tareas de fundamentación para con la Dogmática Jurídica, creemos que tal función

34 El siglo XX conoció una penetración vertiginosa de la sociología en el derecho, a tanto que se ha etiquetado tal situación como “La muleta sociológica de la ciencia del derecho”. Rüdiger Lautmann, llama a este fenómeno “sociologización de la ciencia de derecho”. Este autor nos dice que sociologización de una disciplina puede significar muchas cosas: “en primer lugar, que adopte alguno o todos los métodos de la sociología y renuncie parcial o totalmente a los propios; segundo lugar, que se someta parcial o totalmente a los objetivos del conocimiento de la sociología, conservando o no los propios objetivos; en tercer lugar, que tenga en cuenta en su trabajo los resultados de la sociología. Una sociologización de la jurisprudencia tendría que ver con partes de la primera y tercera de estas interpretaciones” (Kaufmann, 1999, p. 12-13). No podemos decir que la obra de Mortati cumple con la primera y segunda de las interpretaciones, por tanto, no puede afirmarse, para respetar el concepto de Lautmann, que ella sea un caso más de sociologización del derecho, pero si puede serle imputada la tercera interpretación, en tal caso estamos en presencia de una teoría informada sociológicamente.

se ve limitada. Su preocupación por el punto seguro o contenido material, que haga abstracción de un contexto político e histórico particular, y su notorio alejamiento del concepto de justicia, incluso su ocultamiento, le convierten en una teoría extraña para la función de estabilización que la Dogmática Jurídica desempeña. Esto, en manera alguna resta importancia a la obra, pero no se la puede tener como una superación del Positivismo Jurídico, en tanto esta última orientación justifica la unidad y coherencia del orden jurídico en hipótesis, supuestos y abstracciones.

Mas, la búsqueda de un punto estable que permita distinguir entre Constitución o ley fundamental y normas ordinarias, a partir de la determinación de un contenido material, asegurando de esa forma la permanencia, unidad y coherencia del orden social y jurídico, es un propósito loable, pero, bajo las premisas expuestas por Mortati, es también, en cierta manera, un propósito estéril. El contenido material del derecho y de la Constitución puede determinarse a medida que se concretan las referencias a una forma política situada espacio-temporalmente, pero con esto se pierde el elemento de estabilidad.

Si algo nos enseña la política y las dinámicas sociales es que los cambios son inerradicables. La estabilidad teórica, que no práctica, se logra en la medida en que se introduce, en la construcción del contenido material de la Constitución, cierto nivel de abstracción, que resulta siendo, la incorporación, a priori, de la propuesta política de quien o quienes se ocupan de hacer la fundamentación. Este parece ser el caso de Mortati con la Constitución en sentido material.

Referencias

- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carpintero Benítez, F. (1999). *Historia del Derecho Natural*. Un ensayo. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Hart, H. L. (1998). *El concepto de Derecho*. Bueno Aires: Abeledo-Perrot.
- Hobsbawm, E. (2003). *Historia del siglo XX*. Barcelona: Critica.
- Hoerster, N. (1992). *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa.
- Jellinek, G. (1980). *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Ed. Albatros.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho* (Segunda ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2001). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel.
- Kelsen, H. (1989). Dios y Estado (1922-1923). En: Ó. Correas, *El otro Kelsen*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1980). *Esencia y valor de la democracia*. México: Nacional.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho* (Segunda ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho* (Edición Francesa 1953 ed.). Buenos Aires: Eudeba.
- Lautmann, R. (2004). *Sociología y jurisprudencia*. México: Fontamara.
- Mortati, C. (2000). *Constitución en sentido material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Múnera V, L. L. (2003). *Política ciudadana*. El sentido de la política en Hannah Arendt. Cartagena de Indias-: Programa de Filosofía. Facultad de Ciencias Humanas. Universidad de Cartagena.
- Sabine, G. (1992). *Historia de la teoría política*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Vega García, D. (1998). Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX. En: J. L. Soberanes, F. D. Vega García, S. Valencia Carmona, G. J. Bidart Campos, & v. M. Martínez Bullé Goyri, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Viehweg, T. (1991). *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa.