

VERNENGO, Roberto J.: La interpretación literal de la ley y sus problemas. Buenos Aires 1971, Abeledo-Perrot, 107 pág.

VONGLIS, Bernard: La lettre et l'esprit de la loi, dans la jurisprudence classique et la rhétorique. París 1968, Sirey, 220 pág.

WOLFF, Karl: Die Gesetzessprache (El lenguaje de la ley). Viena 1952, Brüder Hollinek, 121 pág.

WOLFFERS, Artur: Logische Grundformen der juristischen Interpretation (Formas lógicas básicas de la interpretación jurídica). Berna-Stuttgart 1971, Paul Haupt, 48 pág.

WURZEL, Karl Georg: Das juristische Denken. Studie. (El pensamiento jurídico. Un estudio). Viena 1904, Moritz Perles, 102 pág.

ZIMMERMANN, Theo: "Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstgerichtlicher Rechtsprechung" (La letra de la ley en el espejo de la jurisprudencia de los tribunales superiores), en Neue Juristische Wochenschrift, año 9 (1956), 2º medio volumen, pág. 1262-1264. Munich-Berlín, C. H. Beck.

## NOTAS SOBRE EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCION POLITICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

*El Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político.*

*Pufendorf se enojaba con los profesores de Derecho Público que estudiaban la Constitución alemana sin conocer la política. Son tan aptos para sus asuntos —decía burlándose— como el asno para la música de arpa.*

Heinrich Triepel\*

\* Derecho público y político. (Madrid: Civitas. 1974), pp. 42 y 51.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ¿QUE ES UNA CONSTITUCION POLITICA? III. TIPOLOGIA DE LAS CONSTITUCIONES POLITICAS = no escritas, escritas, rígidas, flexibles, racional-normativo, histórico-tradicional... IV. EL CASO DE COSTA RICA = convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente; argumentos en contra, tesis de Eduardo Ortiz; argumentos a favor. V. CONCLUSIONES. VI RESUMEN. VII. BIBLIOGRAFIA BASICA.

#### SIGLAS MAS USADAS:

ANC:	Asamblea Nacional Constituyente
CP:	Constitución Política
CPr:	Constitución Política real
CPp:	Constitución Política como hoja de papel
Cfl:	Constitución flexible
Cr:	Constitución rígida
Ce:	Constitución escrita
Cj:	Constitución jurídica
Cd:	Constitución documental
Cne:	Constitución no escrita
Ca:	Constitución en sentido absoluto
Cre:	Constitución en sentido relativo
Cjd:	Constitución jurídica destacada
Cm:	Constitución material
Cf:	Constitución formal
Cp:	Constitución en sentido positivo
Ci:	Constitución ideal
Co:	Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente
D:	Derecho
E:	Estado
Em:	Estado moderno
Ed:	Estado de derecho
Ee:	Estado específico.
Eg:	Estado global, integral, total
Eb:	Estado burgués
Es:	Estado socialista
Ec:	Estado constitucional
frp:	factores reales de poder
fd:	fuerzas dominantes en la sociedad
Fg:	Forma concreta de gobierno
Ff:	La Constitución Política entendida como forma de formas
Ll:	La Constitución Política entendida como Ley de leyes
Lf:	La Constitución Política entendida como Ley fundamental del Estado y de la Sociedad.
Nn:	La Constitución Política entendida como Norma de normas.
Sn:	Sistema global o total de las normas jurídicas (el entero ordenamiento jurídico)
Ss:	La sociedad vista como un entero Sistema social, según el enfoque de Talcott Parsons.
Up:	la unidad política existente o el sistema político total concreto y específico.

## I. INTRODUCCION

La problemática de la Constitución Política se ha puesto de moda en nuestro país debido a que desde 1966 a esta parte (1978), el Partido Liberación Nacional, por medio de sus correspondientes grupos, ha insistido en la necesidad de elaborar una Carta Magna, lo cual implica el llamado a una Asamblea Nacional Constituyente.

Por ello, estos apuntes o notas se escriben a propósito y al calor de ese ambiente creado durante 12 años en los que el tema constitucional ha estado presente en los debates nacionales de una u otra forma.

También estas notas pueden servir a los estudiantes del curso de Teoría del Estado, que en el II Semestre estudian este aspecto del Ordenamiento Jurídico costarricense.

En este sentido, estas notas son un testimonio y una colaboración didáctica al citado curso universitario, que en varias oportunidades me ha correspondido explicar.

## II. ¿QUE ES UNA CONSTITUCION POLITICA?

Al respecto se han confeccionado muchas tesis y las definiciones escritas son variadas y numerosas. Analicemos algunas, seguidamente.

### 1. Fernando Lasalle (1825-1864).

Frente a la afirmación fácil de que la *Constitución* es un pacto jurado entre el Rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país; o, la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del Derecho Público de esa nación. Lasalle considera que ninguna de esas definiciones, jurídicas formales nos dicen dónde está el concepto de toda constitución, es decir, la esencia constitucional.

Para este autor, la constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen un país. Este es un concepto político o sociológico político frente al criterio jurídico que afirma que la constitución es la Ley fundamental de una nación.

Se pueden distinguir dos clases de CP:

- la real (CPr), la efectiva, la que se da en la realidad social, integrada por esa suma de factores de poder que mandan y rigen la sociedad; y,

b) la hoja de papel (CPp), el documento en el cual se ponen por escrito normas llamadas jurídicas.

Este nombre de "hoja de papel" para la CP, recuerda la expresión de Federico Guillermo IV, el 11 de abril de 1847: "Me creo obligado a hacer aquí la solemne declaración de que ni ahora ni nunca permitiré que entre el Dios del cielo y mi país se deslice una hoja escrita a guisa de segunda providencia". De este modo, este monarca rechazaba la posibilidad de que su origen divino fuera obstaculizado por dicha hoja escrita o CP moderna.

Para Lasalle, la CP real, esa acumulación integrada de fuerzas políticas y concretas de la sociedad, es anterior a la CP escrita, propia de los Estados modernos. La misión de esta CP escrita, de este papel u hoja de papel es resumir y estatuir en un documento, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en un país determinado.

Este mismo autor, se pregunta cuándo una constitución escrita es buena y duradera?

Pregunta importante, porque significa emplazar un punto polémico de la sociología jurídica. Nada menos que el potencial desfase entre el Derecho estatuido, escrito; y, los factores reales de la sociedad.

La respuesta que da Lasalle es ésta:

La CP escrita es buena y duradera cuando corresponde a la CP real, a la que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen un país. Cuando no se da esa correspondencia, esa congruencia entre la CP escrita y la CP real, la hoja de papel sucumbe ante el empuje de las verdaderas fuerzas de la nación, es decir, la CP real.

En otras palabras, los problemas de una CP no son jurídicos, sino políticos; son problemas de poder. Por ello la verdadera CP de un país reside en los factores reales y efectivos de poder que rigen y mandan en esa colectividad organizada. Siendo las CP escritas, simples pedazos de papel, cuando no son expresión fiel de esos factores de poder<sup>1</sup>.

Este escritor se planteó bien el problema de la relación entre un pedazo de papel y la realidad. Demostró, o trató de probar, que lo que tiene relevancia cuando se estudia y se trata de analizar situaciones constitucionales, es la estructura, la red y los elementos que forman los factores reales del poder político en un país. Manifestó que el derecho constitucional o la CP se convertía en una hoja de papel, en un escrito sin valor cuando la realidad global discrepaba de lo que el papel decía. Siendo necesario, por ejemplo, redactar un nuevo documento, en nuevo pedazo de papel o CP escrita concordante con la realidad social integral.

Este enfoque es útil para el estudio de las CP escritas y para el análisis de las demandas de una sociedad por el llamado a una con-

<sup>1</sup> LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? (Buenos Aires: Siglo Veinte. 1964). Introducción de Franz Mehring. Traducción del alemán de Wenceslao Roces. Págs. 49, 63, 73, 81, 82 y 98. Fundador de la social democracia alemana. De origen judío.

vocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Claro que el problema que se presenta, es: ¿cómo detectar, cómo medir —con certeza y exactitud— cuando una CP escrita requiere un ajuste parcial o general. ¿Cómo tomarle el pulso, con parámetros precisos, al momento en que los llamados por Lasalle "factores reales del poder" hacen insoslayable la tarea de renovar la CP escrita?

Es probable que los grupos dominantes de cada país, esa clase social dominante (con sus fracciones heterogéneas) tomarán la decisión en el momento que estimen oportuno y conveniente a sus intereses de clase hegemónica. Podría darse el caso real de que no hay acuerdo entre las fracciones de la clase dominante de un país, como es el ejemplo costarricense, en estos años de 1966 a 1978, en los cuales una facción o segmento político del Partido Liberación Nacional, (de corte burgués, y representativo de un sector de la clase hegemónica nacional) viene dando la pelea para que se redacte una nueva CP y el resto de las fracciones de esa clase social se opone a dicha convocatoria. En otros términos debe existir un consenso mayoritario en la clase dominante de una nación para que este tipo de medidas básicas para todo el sistema político y jurídico, se den en la realidad.

## 2. Agustín Gordillo.

Para este tratadista argentino, la CP es un orden jurídico pleno, impuesto por el pueblo al Estado, en el cual le regula su estructura y organización, establece las facultades del mismo frente a los individuos y los derechos de los habitantes frente a él.

La Ley Fundamental o CP, es algo más que un simple programa de gobierno o expresión de deseos; es como su nombre lo indica, la ley superior del ordenamiento jurídico. Todo este ordenamiento legal, está subordinado a la CP. Así, la CP es suprema, superior e imperativa. Tiene el rango más elevado en la jerarquía de las fuentes del Derecho.

Asimismo, expresa Gordillo, en buena lid democrática, la CP es una decisión del pueblo al Estado. El pueblo es el creador del derecho, el forjador del orden normativo. Ello, debido a que el pueblo es el detentador del poder soberano y el Estado un sujeto de derecho sometido al Ordenamiento jurídico global<sup>2</sup>.

Esta es la tesis de un jurista experto en Derecho Público. En un planteamiento jurídico-formal. Congruente con el sistema racional, burgués, capitalista, como afirma Max Weber. Dentro de la teoría democrático liberal, el pueblo es el soberano, pero se oculta la estructura de clases sociales y las relaciones de dominación que se establecen entre

<sup>2</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. (Buenos Aires. Macchi. 1974), págs. V-3, 8, 9 y 16.

ellas. Por ello, el derecho racional, burgués y capitalista<sup>3</sup> escamotea las relaciones de poder entre las clases sociales; disfraza la dominación y formaliza la sociedad, como si sustituyendo los hombres de carne y hueso por categorías mentales o conceptos lógicos formales, pudiera diluir lo espeso de la estructura de la dominación social. Pero, hay que señalar que Gordillo lo que hace es mencionar (no crear), la tesis del derecho burgués formal.

Si la concepción liberal burguesa citada, fuera cierta, en términos de la "entera sociedad" (de su referente empírico, como diría Rousseau) entonces el pueblo gobernaría en su favor; pero lo cierto del caso es que la categoría instrumental u operacional "pueblo" no existe, pues ¿qué es el pueblo?; o, ¿quién es el pueblo? Nadie, en especial, ni todos en general. Es todo y es nada. Es todo, porque engloba todos los grupos sociales de una sociedad; pero, es nada, debido a que impide, por su generalidad y heterogeneidad, efectuar un análisis cuidadoso de esa realidad llamada —*a priori*— "pueblo".

¿Qué es lo común en ese concepto de "pueblo"? Que son seres humanos. Tal vez. Que tienen elementos que lo unifican, como el territorio, el Estado, etc. Pueda ser. Pero, fuera de estos intentos de uniformar la categoría mental "pueblo", ¿qué observamos bajo el lente del sociólogo? Lo que vemos es que hay negros, mulatos, blancos, amarillos; católicos y protestantes; ricos y pobres; capitalistas y trabajadores. Y, que precisamente, esas diferencias en el color de la piel, en los credos políticos o religiosos, en la tenencia o ausencia del poder económico y/o del político, los enfrenta entre sí, construyendo toda una estructura de poder, de dominación de unos sobre otros. Por tanto, lo que *prima facie* nos parecía homogéneo, uniforme, armónico, coherente, acoplado; se torna, heterogéneo, policromo, conflictivo, incoherente, en crisis continua. Bajo la vigilancia férrea, coactiva del respectivo grupo dominante, que incluso puede matar (legítimamente), ya que los delitos políticos o los delitos contra el estado o contra el "orden y la paz social", legalizan el homicidio en aras del *statu quo*, en cualquier sociedad y en cualquier sistema político y en cualquier época histórica.

Por consiguiente, esa clase definiciones jurídicas, formales, categoriales son ideología oficial, legítimamente del sistema establecido, cualquiera que fuese.

En este sentido el lenguaje jurídico se convierte en fetiche, se cosifica cuando se llega a creer que la realidad se comporta como lo dice la CP (realidad = CP); o la magia de la palabra jurídica llega a confundir y traslapar el plano de la normatividad (de la regla de derecho) con el de la realidad global.

<sup>3</sup> Al respecto la obra del sociólogo alemán Max Weber es sumamente sugestiva y explicativa del capitalismo visto a partir de su racionalidad, de su formalismo, de su calculabilidad.

### 3. D. Tramontana.

Según este autor (y, en concordancia con muchos otros) la CP es el ordenamiento jurídico de un determinado Estado<sup>4</sup>.

Esta definición técnica-jurídica, apunta hacia la regulación del Estado, englobando sus tres criterios (Estado-persona, Estado-comunidad y Estado-aparato).

Esta definición está en la misma línea que la dada por el diccionario dirigido por Capitant, que indica que la CP es el conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización y las relaciones entre los Poderes Públicos y fijan los grandes principios del derecho público de un Estado<sup>5</sup>.

Este concepto no es valorativo ni es ideológico, sino —simplemente— descriptivo y metodológico. Nos acerca al concepto de CP, y la define como normas jurídicas fundamentales del Estado, en sentido laxo. También esta clase de conceptualizaciones son instrumentales o funcionales, por cuanto nos sirven en el análisis de la realidad que hemos acotado previamente.

Dentro de esta corriente técnica, se puede agregar que la CP es la "norma de normas", queriendo decir con ello que se trata de la norma jurídica de más alto rango y de mayor jerarquía; como, cuando se habla de "forma de formas", señalando que la CP es la formalización del derecho más acabada, la síntesis el ABC del Ordenamiento Jurídico de un país.

## III. TIPOLOGIA DE LAS CONSTITUCIONES POLITICAS (CP).

### 1) No escritas.

Son aquellas CP no escritas; fruto de la costumbre. Cada colectividad humana la ha entendido como el conjunto de normas que regulan la convivencia a lo largo del tiempo y que constituyen el centro neurálgico del cuerpo organizativo de la sociedad.

### 2) Escritas.

Principalmente a partir del Estado moderno, en Europa continental se fue haciendo costumbre el escribir aquellas pautas principales de regulación de la sociedad.

<sup>4</sup> TRAMONTANA, Domenico. Diritto Costituzionale. (Milano: Cetim. 1975), pág. 8.

<sup>5</sup> CAPITANT, Henri; Vocabulario jurídico. (Buenos Aires: Depalma. 1973). pág. 155. Director de la obra.

Como expresa Bryce, las "no escritas" pueden ser llamadas "viejas" o CP de derecho consuetudinario (*Common Law Constitutions*); y, las "escritas" como nuevas o modernas; y, también *Statutory Constitutions* o *Statute Law*<sup>6</sup>

### 3) Rígidas.

Estas CP tienen estas características:

- i. Poseen un rango superior a las leyes emanadas de la Asamblea Legislativa.
- ii. No son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.
- iii. Su estructura es dura y fija.
- iv. La promulgación de ellas corresponde al órgano específico, *ad hoc* creado para tal fin: Asamblea Nacional Constituyente.
- v. Prevalen sobre las demás normas jurídicas, teniendo que ceder las demás ante las CP.
- vi. Son llamadas modernas y estatutarias.
- vii. Son creadas y/o abolidas según un procedimiento formal, rígido, solemne.

### 4) Flexibles.

Sus notas peculiares son:

- i. Poseen un rango igual al de las demás leyes.
- ii. Son modificables por la autoridad legislativa ordinaria.
- iii. Su estructura es flexible y variable.
- iv. La promulgación de ellas corresponde al mismo Poder Público que emite las demás Leyes: Parlamento.
- v. Se consideran como leyes ordinarias, en pie de igualdad con las demás leyes.
- vi. Son denominadas flexibles.
- vii. Son creadas o abolidas según el mismo procedimiento establecido para las demás leyes<sup>7</sup>.

Las "rígidas" son denominadas también CP estáticas, sólidas o cristalizadas; mientras que las "flexibles" se califican, además, como cambiantes, fluidas o elásticas. Explica Bryce, que otra metáfora que puede ser usada para explicar esos tipos de CP, es el de flexible y rígido, en este sentido: las CP del tipo más antiguo (históricamente) pueden

<sup>6</sup> BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1962), págs. 15 a 19.

<sup>7</sup> BRYCE, op. cit., págs. 19 a 24.

llamarse *flexibles*, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus notas características principales o básicas. En cambio, las CP del tipo más moderno, no poseen esta propiedad de adaptación y variabilidad, porque su estructura es dura y fija. Por ello, se pueden calificar de *rígidas*.

Recordemos, aquí, que para Bryce, la CP —"hablando con propiedad", como él dice— es la estructura de una sociedad política organizada a través de la ley y por ella. Es decir, aquella sociedad política estructurada en que la ley ha establecido instituciones permanentes con funciones reconocidas y derechos definidos<sup>8</sup>. Insistiendo en que hay que tener presente, que históricamente, la CP flexible, es anterior a la CP rígida de los tiempos modernos. Ya que la CP *flexible* es un cuerpo de reglas establecidas que abarcan y condicionan las funciones de gobierno; es decir, estructuran el poder político. Organizan y dan legitimidad a la dominación social en la comunidad<sup>9</sup>.

Esa idea de la existencia de una estructura de dominación que integra y define el poder político oficial y legítimo (CP flexible), es por supuesto, anterior —en el tiempo— a la CP rígida, formal, documentada y escrita.

Si la CP flexible es antigua, llena del misterio del pasado, plétórica de la solemnidad de la vejez de los tiempos; la CP, rígida responde al criterio del derecho burgués racional y formal: el desencantamiento, la eliminación de la magia secular de los registros de la historia. Así se explica por qué el lenguaje esotérico del derecho, las fórmulas del procedimiento, los mecanismos de elección de la Asamblea Nacional Constituyente, su respectivo procedimiento, etc., están fuera del alcance del hombre medio, del no iniciado en los ritos de la lógica, la técnica, la estructura y ligámenes del *ius*.

Como bien lo expresa Bryce, la CP *rígida* nace, como respuesta a cuatro posibles causas:

- \* al deseo de los ciudadanos (de quienes disfrutaban de los derechos políticos) de asegurar sus propios derechos cuando están amenazados; y, de limitar la acción del gobernante.
- \*\* La cristalización, por el gobernante, de las reglas de juego de la sociedad. Así, se establece la forma de gobierno para evitar, en el futuro, posteriores controversias respecto a esa forma.
- \*\*\* La fundación de una comunidad política que desea contar con el consenso y el apoyo de los miembros de la sociedad (interés de legitimarse, como instrumento de orden y de poder legítimo).

<sup>8</sup> BRYCE, *idem.*, págs. 25 a 35.

<sup>9</sup> BRYCE, *ibidem.*, págs. 36 a 38.

\*\*\*\* Al deseo de la comunidad minoritaria, de que la sociedad más amplia, le respete sus fronteras jurídicas y políticas. (Delimitar la esfera de competencia de cada Estado)<sup>10</sup>.

Finalmente, nos recuerda el autor *sub-examine* que no hay que confundir las CP *rígidas* con las CP *documentales*, las cuales ya existían desde la antigua Grecia. En ella, la ciudad-estado se reunía, con todos aquellos que tenían los derechos políticos; no existiendo ninguna autoridad superior a la legislatura con poder para promulgar una CP *documental*, en la medida en que la legislatura o la asamblea constituyente era la masa reunida de los miembros de esas ciudades-estados<sup>11</sup>.

### 5) Racional-normativo.

Para este enfoque, las CP es un tipo de organización política de una sociedad regulada por la razón humana que se proyecta y se realiza en la CP escrita. Aquí la CP está dada de una sola vez y para siempre; resume la sabiduría del hombre. Se mezcla con la corriente racionalista e iluminista de los siglos de oro en Europa. Es fruto de las corrientes del pensamiento conocidos como el enciclopedismo, el racionalismo y el iluminismo.

Es un sistema de normas que regulan la sociedad en forma cabal, omnicompreensiva, perfecta. Así, se racionaliza la vida política de un pueblo, se planifica hacia el futuro en base al instrumento legal de mayor rango. Respondiendo así al deseo de la burguesía victoriosa en Francia (*post* 1789) de dominar los fenómenos sociales globales con la razón, con el intelecto. Es el positivismo legal que somete la acción social a la estructura legal. De este modo, la CP logrará el orden; dándose una relación dialéctica entre la ley y el orden, precisamente; ya que existe entre estas dos variables una doble implicación: una depende de la otra y viceversa. El orden burgués que nace, se siente eterno y su eternidad la desea garantizar por medio de la CP.

Así, como griegos antiguos estimaban que no cabía vivir político sin *polis*, así los burgueses de la modernidad plantean la tesis de que no cabe existencia jurídico —política fuera de la CP racional-normativa que están forjando.

Esta tipología de la CP (la racional-normativa) presenta estos supuestos de base:

—*Racional*: cree o postula que la razón del hombre puede de una sola vez y para siempre fijar el rumbo político y jurídico de un pueblo. Ya que la razón puede captar los denominadores comunes de los hechos sociales de una colectividad y sobre esos elementos básicos construir una arquitectura propia para el Estado burgués.

<sup>10</sup> BRYCE, cit., págs. 100 y 101.

<sup>11</sup> BRYCE, cit., págs. 106 a 108.

—*Normativista*: postula que se da una relación mecánica y automática entre la CP y la realidad; de tal suerte, que la realidad se acomodará a la Norma Fundamental del Estado o que habrá una identidad entre mundo real y el mundo de las normas jurídicas. Esto, claro está, que es magia legal. Es *vodú* jurídico, pues la realidad, lo que sucede en el acontecer diario de una sociedad tiene su propia dinámica y concuerda más bien poco con lo estatuido jurídicamente.

—*Liberal*: parte de la simbología mítica que sostiene que la sociedad está formada por sujetos iguales, libres y racionales. Estos sujetos de derechos libres, elaboran la CP gracias a su libertad, a su racionalidad y a su igualdad, por supuesto, formal *nunca* real y fáctica.

—*estructural-funcional*: parte del supuesto que la sociedad está en orden o que hay que ponerla en orden; que hay un sistema social equilibrado. Cabalmente, la CP tiene la *función* de ser un instrumento para el orden, el equilibrio y la armonía social.

Cabe recordar aquí, el homólogo tesarario que sostienen los ideólogos del sistema económico, que afirma que la sociedad está regulada, establecida y estable (Adam Smith y su “mano invisible”).

—*Control político*: se considera que el poder político queda encuadrado dentro de los cánones de la CP; subordinando, de esta manera la arbitrariedad política a la racionalidad de la CP.

—*Ecosistema*: sirve al sistema económico capitalista que requiere racionalidad, calculabilidad y seguridad legal. La CP garantiza, protege, estabiliza el sistema económico; reproduce, así, las relaciones de producción capitalistas y constituye un *feed-back* del sistema social integral burgués. Manteniendo equilibrado, vivo y ordenado el mundo de las relaciones totales de dominación sociopolítica racional-burgués-capitalista, como afirma Max Weber<sup>12</sup>.

—*Sacro*: considera que sólo se puede variar la CP por medios solemnes, formales, rituales y puntillosamente establecidos. Sacraliza las relaciones jurídicas de primer orden y con esto resguarda la santidad del instrumento *per se* de la dominación de la clase social hegemónica sobre la clase social dominada (en expresión tipo-ideal, de corte weberiano), que es la CP. Así, la elección de los diputados constituyentes, los procedimientos de una Asamblea Nacional Constituyente y todo lo relativo a este superior órgano de producción de la Ley Fundamental del Estado y de la sociedad constituye el *arca de la alianza*, la *tora* mercedora de toda la atención posible, pues es la varita mágica de la estructura de dominación

<sup>12</sup> Al respecto, hemos elaborado una monografía sobre La sociología jurídica en Max Weber (San José: Trejos Sucs. 1975; agotada), en la cual se ha intentado efectuar un análisis integral y coordinado de la acción recíproca entre Derecho y Economía en el sistema capitalista.

social en manos de la burguesía que asume el mando en Francia y en Inglaterra, luego de 1789 y 1688, respectivamente.

—*Conservación:* la CP hay que mantenerla, pues es el logro de la razón. Antes que modificarla, hay que agotar todos los medios para que ella se cumpla; fallando, en última instancia los hombres y no las instituciones consagradas en la C.P.

En esta concepción tipológica se expresa la ideología burguesa que fabrica el mundo capitalista en Occidente. Descartes, Rousseau, Locke, Kelsen, y muchos otros elaboran la ideología de ese sistema al cual justifican y racionalizan. Son los ideólogos de la burguesía en ascenso y en consolidación.

#### 6) *Histórico-tradicional.*

Aquí la CP deriva del pasado, de los tiempos idos, de lo secular; y, no de la razón humana. La CP no es creación de normas jurídicas y políticas; sino, que, es recipiente de tradiciones, costumbres, hábitos y usos del pasado. Así, pues, la CP parte del supuesto (en esta tipología) del historicismo como lo que se dio ya en la Historia del hombre, como hechos pasados, sucedidos e irrepetibles. Por ello, la CP es declarativa de la sagrada tradición y la costumbre. En este sentido, este tipo de CP es conservadora.

Claro está, que en la base de este tipo se puede dar el *historicismo conservador* de Burke y De Maistre, según el cual la razón ni la libertad del hombre pueden modificar el desenvolvimiento del pasado proyectado hacia el futuro. Se trata, de un determinismo del movimiento histórico. O, el *historicismo liberal* de Humboldt y Groce, para los cuales la libertad del ser humano puede orientar y planificar hacia el futuro la historia, aunque no la construye, ya que ésta tiene su propia dinámica y su propia entidad.

El otro tipo de historicismo, el marxista, no se adapta como postulado ideológico a esa categoría de CP, pues parte de la afirmación del cambio en la historia, mediante los procesos dialécticos que en ella se dan. Se da aquí, una combinación de factores filosóficos tradicionales con elementos sociológicos. Es decir, Marx-Engels indican que el hombre es un ser sociológico, delimitado en la trama tupida y espesa de la sociedad y de las relaciones de producción (estructura global de la sociedad); casi atrapado irremediablemente (aspecto del historicismo tradicional, en cuanto determinismo). Pero, a su vez, sostienen que el hombre hace su propia historia, es el constructor de su universo histórico (creatividad humana).

Estimo que en el marxismo clásico (Marx-Engels) no se superó lógicamente esa trampa del sistema analítico propuesto por ellos, pues, al tenor de las teologías judías y la cristiana (de las cuales, ese marxismo tanto captó, metodológicamente), el ser humano tiene libre albedrío para producir su propia vida, pero a su vez, los hilos de la

historia no los tiene en sus manos del todo. Pareciendo, más bien que es una marioneta un poco consciente de serlo. Esto, se da por cuanto en Marx-Engels hay muchas zonas oscuras en donde se roza la filosofía y la sociología (además de la economía, el derecho y la política), en una gama variada de posibilidades de realización.

#### 7) *Sociologismo.*

En este tipo, la CP no es fruto de la razón ni de la historia o la costumbre sacra y secular. La CP es el resultado de las relaciones y de las estructuras sociales.

En este tipo de CP se ubica Lasalle, cuando afirma que la CP es la suma de los factores reales de poder en la sociedad (clases dominantes, relaciones sociales de poder formal y material, etc.). Esta CP vale, si es efectiva, si se cumple. Por eso hace relación a los referentes empíricos, a la realidad social total. Siendo esto así, para modificar una CP hay que cambiar los factores de poder, su estructura y relaciones de dominación; porque, es falso que cambiando la CP variará la realidad empírica sobre la cual se quiere proyectar.

Dentro del par conceptual "normatividad-normalidad", la realidad es la normalidad y la CP es la esfera de lo normativo. Por ello, es la lucha de clases sociales la que genera cambios en la normalidad que se pueden trasladar a la normatividad, cuando la CP (normatividad) requiere ser modificada, accediendo la clase social dominante a ello ante el empuje de la lucha de clases y de la presión de las clases dominadas. Factor primordial para esos cambios en la CP, son el empirismo, entendido como la labor de diagnóstico de la realidad para detectar los cambios en la estructura social que hacen necesario un cambio en la CP. Al respecto, se dan —al menos— dos situaciones diversas, con respecto a esa relación entre CP y realidad social. Los ideólogos que sostienen que la realidad cambia, pero no se transforma sustancialmente (tesis conservadora, opuesta a las reformas constitucionales); y, la otra corriente que afirma que la realidad es mutable y por lo tanto la CP también debe ser mudable (tesis del cambio sociojurídico)<sup>13</sup>.

#### 8) *Decisionismo.*

Este tipo lo representa Carl Schmit, con su obra *Teoría de la Constitución*<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Estos tipos del 5) al 7), se han tomado de la exposición que hace Manuel García Pelayo en su obra *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Revista de Occidente, 1950), págs. 29 a 46. También de Humberto Quiroga Lavié *Tipología y clasificación de las Constituciones* (Buenos Aires: revista Dike, N° 1), págs. 44 a 46, 1976).

<sup>14</sup> México: Editora Nacional, 1970.

Según este tipo, la CP es la decisión fundamental sobre el modo o forma de gobierno de un pueblo.

Al respecto dice Schmitt:

"Por Constitución moderna del Estado burgués de Derecho se entiende aquí una clase de Constitución a la que pertenece la mayoría de las hoy existentes".

Agregando que:

"La moderna Constitución del Estado burgués se corresponde de sus principios con el ideal de Constitución del individualismo burgués, y tanto que se suelen equiparar estos principios a Constitución y atribuir el mismo significado a las expresiones 'Estado constitucional' y 'Estado burgués de Derecho'".

Puntualizando el autor que:

"Esta clase de Constituciones contienen, en primer término, una decisión en el sentido de la libertad burguesa: *libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc.*"<sup>15</sup>.

Interesa destacar el pensamiento de este autor, el cual aplica conceptos y métodos de análisis marxista y weberiano, sin ser marxista, pero sí seguidor de Max Weber en el análisis del fenómeno global Estado-Derecho-Política.

Como bien afirma Schmitt, la Constitución del Estado burgués de Derecho es, según su devenir histórico y su esquema fundamental, todavía hoy dominante, una Constitución *liberal*; y, liberal, en el sentido de la *libertad burguesa*. Su sentido y su finalidad es la *liberté*, la protección de los ciudadanos contra el abuso del Poder público. Y, al decir de Kant, se funda dicha CP, en primer término, según los principios de la libertad de los miembros de una sociedad en cuanto seres humanos<sup>16</sup>.

La exaltación de los derechos del individuo burgués, del hombre burgués, y su correspondiente *liberté*, por un lado, y por otra la separación del Poder Público en tres esferas de acción funcional (legislación, administración y jurisdicción), constituyen el meollo del Estado racional burgués capitalista (Weber-Schmitt).

<sup>15</sup> Idem., pág. 145. El mismo Schmitt precisa que habla de CP moderna, en el sentido de que corresponde a las hoy existentes, sin añadir juicio de valor alguno al concepto de "moderna" (pág. 145). Las cursivas son nuestras.

<sup>16</sup> SCHMITT, op. cit., págs. 146 a 150.

La definición específica del Estado de Derecho burgués, se centra en la libertad burguesa. De acuerdo con ello, el Estado de Derecho es aquel que respete, sin condiciones, el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. Frente al Estado de fuerza (glorificador de la razón de Estado y de su *gloire*) se establece el Estado de Derecho, mantenedor del orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal. Considerándose, ese Estado como el garante armado (coacción física legítima —Weber—) de ese orden, paz, Ley y seguridad burguesa<sup>17</sup>.

La defensa de ese orden burgués contra los posibles excesos de la maquinaria estatal, es el principio de legalidad en la Administración Pública. Dicha legalidad será la garantía de la libertad burguesa.

Ese concepto de Ley, garantiza la libertad y la igualdad burguesa de esa categoría jurídico-política conocida como "ciudadano" (*citoyen*). Siendo así, el concepto de Ley no representa una voluntad de mando caprichoso, sino una razón; un criterio racional-calculable de regulación de la conducta de las personas jurídicas y físicas. Así, se le otorga a la Ley, las notas peculiares de abstracción, generalidad, impersonalidad<sup>18</sup>.

De este modo, la Ley es el límite de acción de los Poderes Públicos en su relación con los ciudadanos iguales, libres y fraternos, en esa unión burguesa que integran como grupo social en pugna contra el absolutismo y la monarquía, revolucionario en sus puntos simbólicos de 1789 y 1688, en Francia e Inglaterra, respectivamente. Eso sí, cuando la burguesía en ascenso toma el control suficiente del aparato estatal, se convierte en clase dominante y utiliza el poder del Estado, en su favor para mantener su hegemonía.

Veamos ahora los tipos de CP, que nos presenta el autor citado.

### 9) Tipo absoluto.

Schmitt, comienza por decir que la palabra *Constitución* tiene diversas maneras de definirla, al punto que llega a decir que "todo lo imaginable puede tener una 'constitución'"<sup>19</sup>. Así,  $X = \text{constitución}$ ;  $X = C$ . Donde  $X = \text{todo lo imaginable}$ .

Si  $X = C$ , entonces hay que delimitar el concepto, pues si "constitución", es la acción de constituir —según el diccionario del idioma— o la esencia y calidad de una cosa, de ahí se desprende que hay que restringir ese concepto a la constitución del Estado. Así, pues, la palabra "cosa" (genérica) es sustituida por la palabra "Estado". Siendo "Estado", la unidad política de un pueblo. Detallemos los conceptos

<sup>17</sup> SCHMITT, id., pág. 151.

<sup>18</sup> SCHMITT, ib., págs. 171 a 180.

<sup>19</sup> SCHMITT, ib., pág. 3.

o las ubicaciones semánticas y/o semióticas de la palabra "constitución" (C) para este autor:

C: —de cualquier cosa

- del Estado (en sentido genérico, laxo, global, integral o general)
- de la situación total de la unidad y ordenación políticas (Estado, en un determinado sentido restringido y específico)
- sistema cerrado de normas en una dimensión ideal.

De este modo, cuando se define C como un todo (con verdad real o con verdad mental—"pensado"), se dice que el concepto de C instrumentalizado, de acuerdo a los fines de la investigación, es de carácter absoluto. Se hace *relativo* el concepto, puntualiza Schmitt, cuando se habla de una diversidad de leyes constitucionales<sup>20</sup>.

Luego el autor citado, pasa a analizar esos conceptos *absolutos* y *relativos* de C.

1º) Ca = Constitución en sentido absoluto.

i) Ca = la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente. (Up).

Así,

Ca = Up

De acuerdo con i) a todo Estado (E) le corresponde una unidad política y una ordenación social.

Así,

Ca = Up = Ee; donde, Ee = Estado concreto, específico (Alemania, Francia, Costa Rica).

Pero, hay que entender aquí que el E = C; el Estado específico (Ee) es una Constitución. A tal grado, que existe una doble implicación lógica entre Ee y C. La existencia de uno depende del otro.

Aquí, C no es un sistema o de preceptos jurídicos y normas (Sn) con arreglo a los cuales se rijan la formación de la voluntad estatal y el ejercicio de la actividad del Estado (E), y a consecuencia de los cuales se establezca la ordenación jurídica y política global (Ei = Estado global).

Es decir,

C diferente a Sn

Aquí recuerda el escritor citado, que para Aristóteles C = polis (ordenación) = Estado = vida política en común de los ciudadanos griegos. Para ilustrar con el griego clásico, como desde ese tiempo se ha entendido la C como la vida en

<sup>20</sup> SCHMITT, págs. 3 y 4.

sociedad, la vida política y ciudadana, que hace del hombre un ser humano cabal, completo, integral, pleno: el *zoon politikon* (el animal político y/o social, según se trate de Francisco Javier Conde, Julián Mariás, Xavier Xubiri)<sup>21</sup>.

ii) Ca = una manera especial (específica) de ordenación política y social. Es la *forma* concreta de dominación social, política y jurídica (Max Weber) que afecta a cada E y no puede separarse de él.

Ejemplos: monarquía, aristocracia, democracia. O, las diversas formas o divisiones del Gobierno que se estudien taxonómicamente.

Aquí,

Ca = forma de gobierno = Fg.

Así, pues, cabe hablar de qué la Ca = *forma formarum* (forma de formas = aquella definición de Ca referida a las distintas formas, maneras, modos o estilos de organización de un Gobierno concreto).

Así,

Ca = Ff.

Aquí, también se puede decir que el E = C = monarquía = democracia = aristocracia = dictadura = forma de gobierno = Fg = Ff.

Recordemos ahora que para el "Aristóteles" de la cristiandad (Tomás de Aquino), la palabra *status* = Fg = Ff. Así, en su *Summa Theológica* habló de *status optimatum* (E aristocrático), *status paucorum* (Estado oligárquico), *status popularis* (Estado democrático). En este mismo sentido, Juan Bodino habló de *état royal*. Hobbes, asimismo, escribe en términos de *status democraticus*, *status monarchicus*.

iii) C = la unidad política es dinámica, se renueva y se reproduce. El E es dinámico; no estático, como en la concepción de Estado = *status*<sup>22</sup>.

Aquí C, actúa y funciona como el principio dinámico del E.

2º) Ca = regulación legal fundamental = sistema de normas supremas y últimas. Así, C = normas de normas = Nn = *norma normarum*.

El desglose de este tipo se da del siguiente modo:

<sup>21</sup> Este animal político que es el hombre perfecto y pleno, auténtico y vivo, se traducirá en el pensamiento cristiano por el *zoon religioso*; con la modernidad, como *zoon racional* proyectado a las diversas esferas de la vida (economía, derecho, política, etc.). En versión actual, para los marxistas ortodoxos, se dirá *zoon revolucionario*; el hombre se hace pleno, es auténtico cuando hace la revolución y vive para ella.

<sup>22</sup> SCHMITT, op. cit., págs. 4 a 6.

- i) C = sistema cerrado de normas, de leyes; ley de leyes = L<sub>1</sub>. En este sentido C = un deber ser normativo.

Así,

C = E. La Constitución es el Estado, ya que E descansa en ese todo cerrado, unitario que es la Constitución.

El caso de Hans Kelsen, se puede citar aquí, diciendo que el E es un todo cerrado y unitario (racionalidad jurídica burguesa) que descansa en la norma hipotética fundamental. Eso sí, hay que efectuar un quiebre lógico, pues en Kelsen, su "positivismo" implica que las leyes valen, son eficaces, porque sí (imperatividad lógico-jurídica del sistema cerrado del Derecho). Ya no se trata de un deber ser normativo, sino de un ser normativo = las leyes son, se aplican en virtud de su propia racionalidad legal.

- ii) Una C es válida, eficaz y legítima cuando emana de un poder, de una fuerza llamada *constituyente*.

Por ejemplo, cuando se afirma que una C vale porque el pueblo se la ha dado en uso de su potestad soberana.

- iii) C = ley constitucional concreta, independiente de la situación política y social del momento de su elaboración, como creyeron los burgueses de 1789 a 1795 (como parte de ese derecho natural burgués, que consideró el Ordenamiento Jurídico como cerrado, unitario, valedero para la era burguesa que se iniciaba).

Ahora, se estima a la C como una ley fundamental concreta, objetiva, técnica que sirve para definir ciertos derroteros del E y de la sociedad al ritmo de las reformas parciales<sup>23</sup>.

#### 10) Tipo relativo.

Frente a lo absoluto, cerrado, unitario, en cierto modo eterno de la C burguesa, en su origen histórico (la Enciclopedia, el iluminismo y el racionalismo en versión europea —francesa—), se relativiza (como parte de ese proceso histórico evolutivo del sistema burgués) el concepto de C.

Así,

- 1º) C = ley constitucional particular.

Importa aquí C como forma, como estructura legal, independiente de su contenido. Es decir, ya no se habla de leyes fundamentales,

ontológicamente (en sí y por sí) sino de que tales leyes son constitucionales por el hecho de estar incorporadas en una C.

Schmitt, pone estos ejemplos, tomados de la C de Weimar:

- los docentes de las escuelas públicas tienen los derechos y deberes de funcionarios públicos
- Se mantendrán las Facultades de Teología en las Universidades
- Se garantizará al funcionario el derecho a examinar su expediente personal.

Este concepto formal de la C, significa que una norma o mandato legal, es constitucional por el *factum* de estar en la C. Independientemente de su contenido, de lo que exprese la norma, de lo que contenga como tal.

Podría decirse, a modo de hipótesis, que ese desplazamiento o relativización del concepto de C, responde al desarrollo de la ideología burguesa formal, en cuanto formalizadora de la vida total del E y de la sociedad. O sea, que lo que tiene un peso específico en el E y en la sociedad no es tanto el contenido como la forma. Esto ayuda a la racionalidad, a la categorización, a la formalización del esquema racional burgués de la existencia toda del ser humano. Así, la lógica formal y la lógica simbólica (como la cibernética) dan lugar a la informática jurídica y a la codificación del Derecho, en cuanto sometido a los códigos de las computadoras. Esa misma tendencia hacia la forma (volatilizando el contenido), se observa en el arte, la literatura y la plástica burguesa actual. Obviamente, pues, ese proceso de formalización del mundo burgués es integral, es total, *in toto*, abarca todas las manifestaciones del orbe burgués.

Por lo que atañe a los ejemplos de la Carta Magna nuestra, lo relativo al presupuesto, a la hacienda pública presentan disposiciones propias de la ley y no de una C, pensada como conjunto de normas fundamentales del E. Por ello, se criticó a la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, pues por razones históricas y políticas insertó normas en la C que no son fundamentales o de principio para el sistema social (Talcott Parsons) del país. Incluso, a lo largo de todos estos años (1949 a 1978), frecuentemente se oye decir a los abogados "la Constitución de 1949 es muy reglamentista", en el sentido de que materias propias de las normas jurídicas con rango de ley están a nivel constitucional (no, por supuesto, *reglamentista*, como sinónimo de reglamento o materia reglamentaria; pero sí, es una palabra que se dice para dar la idea de que la Carta Magna citada es detallista y se preocupa de aspectos de competencia de la ley).

- 2º) También se habla de C formal, en dos sentidos:

- C formal = escrita, así
- formal = escrita.

<sup>23</sup> SCHMITT, *id.*, págs. 6 a 12.

—C formal = sujeta a un procedimiento y a trámites especiales (“formales”, solemnes), que juegan el rol de fiscalización de la santidad de la C; con el objeto —entre otros— de que no pueda ser modificada fácilmente. Así, por ejemplo: el número calificado de diputados para efectuar una reforma parcial a la Carta Magna y las demás formalidades de este trámite y procedimiento. Es un medio de control en favor de la legitimidad, la estabilidad y el orden burgués.

En ese sentido de C formal = C escrita, Constantino Mortati es un escritor más en favor de esta tesis, como se observa en el curso de Derecho Público General, de la Facultad de Derecho (UCR).

Expresa Schmitt, que lo “formal” de la C escrita no puede consistir en un papel con grafía escrita sobre él y bautizado como CP. (En igual sentido la crítica de Lasalle a la CP como una simple hoja de papel escrita).

Indica el autor en referencia, que se justifica hablar de C formal = C escrita, cuando ciertas propiedades de la persona jurídica (u, órgano) que emite el documento (CP) —como, su contenido—, le otorgan a la CP el rango de tal.

Históricamente —ilustra dicho escritor— la burguesía europea en su lucha contra la monarquía y el absolutismo (incluso, hasta el año de 1848), demanda una C escrita para protegerse de los abusos del monarca. Que las reglas de juego del sistema social estén definidas por escrito. Esto hecho recuerda un poco la táctica de algunos abogados litigantes que elaboran toda una estrategia para “preconstituir la prueba” para el posible proceso judicial. En otros términos, la burguesía europea quería seguridad, estabilidad, demostrabilidad, prueba contra el posible despotismo del monarca, con el objetivo de protegerse como clase social y como “sujetos de derecho” titulares de derechos y libertades públicas con respecto al absolutismo del monarca.

Esta tesis de pacto, carta, acuerdo, convenio o arreglo entre el monarca y los súbditos burgueses, se remonta a la carta de Juan Sin Tierra (1199-1216), que este rey inglés otorgó (bajo presión) el 15 de junio de 1215 a sus súbditos (*Magna charta libertatum*). Claro está que hay que tener presente que la *Magna Charta* de 1215 fue un pacto entre el rey y los señores feudales; fue un *stabilimentum* entre el rey Juan (de la dinastía anjou-plantagenet), fijado en un documento probatorio (*charta*). Se le llamó *Magna Charta*, para diferenciarla de la *parva carta* o *carta foresta*, referida a derechos de caza. Siendo el nombre original de la *magna charta*, *carta libertatum* o *carta baronum*. En el siglo XVI, en la lucha del parlamento (aristocrático-burgués) contra el monarca, se le dio el nombre de *carta magna*, pero no hay que ver en ella el origen estricto de una CP. Recordemos que sólo el *barón* era *homo* (la nobleza de sangre, contrastada con los siervos de la gleba) y por tanto *homo liber* (hombre libre). Claro es, que

en 1789 el burgués será el heredero de esa tradición de un sistema de dominación social, pues la declaración de derechos del hombre y del ciudadano está relacionada con el burgués, el ciudadano, el nuevo eje del sistema de control social y su orbe: el capitalismo, en donde todos y todo participan de la categoría de mercancía o bien sujeto al mercado (Marx, Weber, Sombart). A su vez, la declaración de derechos (*Bill of rights*) es una fijación contractual entre el Parlamento y el monarca inglés Guillermo de Orange, llamado al trono por los parlamentarios. Es un pacto contra el abuso del poder real. Aquí aparece clara la idea de unidad política que representa el parlamento<sup>24</sup>.

También está presente la tesis de la representación popular en el parlamento, aunque se trata de la representación del pueblo global por su clase dominante en ascenso y consolidación (la burguesía que se aristocratiza y la aristocracia que se aburguesa, en Inglaterra), en contraste con la anterior hegemonía social detentada por la “aristocracia de cuna”. Ahora se tratará de la “aristocracia del mercado”: del sistema económico capitalista.

Al considerarse la C como escrita, formalizada por documento escrito, la C se le equipara a la Ley emanada del parlamento. Así, sólo el parlamento puede variar la C (es decir, la burguesía), dejando al monarca en desventaja, pues no controla este poder público.

Así, pues, la ecuación queda fijada en estos términos:

C formal = C escrita = una serie de leyes constitucionales escritas<sup>25</sup>.

#### 11) Tipo “positivo”.

Aquí, la C se delimita como decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política.

1º) la  $C_p = C$  en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente.

Este poder implica una voluntad, una decisión (*tesis de Schmitt*) política con proyección jurídica; o, una voluntad burguesa que decide emitir una C y elaborar (así) un proyecto jurídico y social (global) de dominación en el *entero sistema* socioeconómico.

Pensar en una C que se dé asimismo (autocreada) es un absurdo. Es la burguesía, la que en la época moderna lucha por un CP que limite el abuso del monarca; y, luego una vez que la burguesía toma el control de las esferas políticas, jurídicas y económicas, fabrica, mediante la CP, su proyecto político de dominación en el *entero sistema*. Es decir, históricamente, la burguesía da una lucha por obtener del monarca la firma de un pacto (de una *carta*), que le ponga freno y

<sup>24</sup> SCHMITT, op. cit., pp. 14 a 16; y, 52 - 53.

<sup>25</sup> SCHMITT, idem., pp. 17 y 18.

*contrapeso* (embrión de la tesis de este nombre, que Montesquieu elabora posteriormente) a la arbitrariedad real. Una vez que ha logrado ese pacto y continúa su marcha hacia el poder y el desplazamiento de la aristocracia, del absolutismo, de la monarquía, entonces usa la CP como un instrumento de consolidación y fortalecimiento de la burguesía como clase social nueva dominante en un *nuevo* sistema económico: el capitalismo.

Por supuesto, que como bien apunta Schmitt, la C es una *decisión política del titular del poder constituyente* (punto de vista que defiende este escritor)<sup>26</sup>. Y, en nuestro caso, la burguesía es la clase social titular del poder constituyente y manufacturera de la C. Efectivamente, la decisión política recayó a favor del Estado burgués de derecho y de su *forma*, la democracia constitucional, siendo el fruto de una transacción, de un compromiso entre las fracciones conformadoras de la burguesía como clase social dominante; y, de ésta con las clases subordinadas a ella. Ya que no se trata de una dominación automática, mecánica, pétrea, sin ajustes; sino, al contrario, una dominación social dialéctica, elaborada en base a una autonomía relativa del E y del Derecho.

## 12) Tipo ideal.

Esta denominación es diferente al tipo ideal en Max Weber, por supuesto<sup>27</sup>.

1º) A veces, se designa como "verdadera" (V) o "auténtica" (A) C —por razones políticas— la que corresponde a un cierto ideal de C. Se habla, pues, de C, sólo cuando se cumplen las exigencias de la libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político de la burguesía.

Los Estados constitucionales (Ec) son los Estados burgueses (Eb), así:

Ec = Eb

2º) De ese modo, se desprende lo siguiente:

i) C = Estado de Derecho burgués. = Eb.

En virtud de ello, la C juega como garantía de la libertad, la propiedad y la legitimidad burguesa. Entre el dilema libertad y poder público (libertad - autoridad estatal), debe prevalecer y garantizarse la libertad burguesa.

<sup>26</sup> SCHMITT, *ib.*, pp. 23 a 27.

<sup>27</sup> En nuestro libro sobre La Sociología Jurídica en Max Weber (San José: Trejos Sucs. 1975; agotado) hacemos un análisis del tipo ideal como instrumento metodológico.

De lo anterior, se deriva que:

- ii) C = división (distinción) de los Poderes públicos; y, el criterio formal y material de las funciones del Estado. Con ello, hay frenos, límites y contrapesos del aparato estatal en favor de la libertad burguesa.
- iii) C = documento constitucional (C escrita).  
Esa Ce = constitución escrita, históricamente nace —primero— como un pacto entre el monarca y los estamentos (súbditos); y, luego, se transforma en el concepto de Ley escrita, documentada, incorporada en un documento. Según Schmitt, el primer ejemplo de una C moderna es el *Instrument of Government* de administración de Cromwell (1653). Este político manifestó que la finalidad de este instrumento era dar una regla permanente, inviolable; una carta fundamental, es decir absolutamente invisible<sup>28</sup>.
- iv) C = protección de la libertad burguesa y delimitación de la forma de gobierno.

## 13) Constitución material (Cm).

Aquí ya no se trata de la hoja de papel (Lasalle) ni de la C como estructura del Estado, sino el conjunto de factores integrales (religiosos, políticos, económicos, artísticos, económicos, etc.) que forman la sociedad real. Se incluyen aquí las fuerzas políticamente dominantes y sus respectivos valores, dando lugar a una cosmovisión global política, según Mortati<sup>29</sup>.

Para Kelsen, la Cm está constituida por los *preceptos* que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes, las que determinan a los órganos y el proceso de legislación. Esta Cm es un elemento esencial de cada orden jurídico<sup>30</sup>.

Como se observa son tipos diversos de CP. Para Mortati, es el contenido real de la sociedad (los referentes empíricos de Rousseau); y, para Kelsen, el *normativista*, es el contenido de la CP, en cuanto *principios básicos*.

## 14) Constitución formal (Cf)

En este concepto se encuentra la CP como documento, como Ce = constitución escrita, de acuerdo con Mortati<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> SCHMITT, *idem.*, pp. 41 a 45.

<sup>29</sup> MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico* (Padova: Cedam. 1975), pp. 30 y 31.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. (México: UNAM. 1969), pp. 146 a 148.

<sup>31</sup> MORTATI, *id.*, pp. 30 y 31.

Existe una relación entre la Cm y la Cf, en cuanto que la vigencia y la eficacia de la Cf depende de su congruencia y su concordancia con la Cm. Es decir, la relación que se da entre realidad social y derecho. El estudio de esas relaciones de discrepancia o, congruencia (según el caso) corresponde a la sociología jurídica, quien se encarga de efectuar los análisis respectivos para medir la distancia sociojurídica entre lo ideológicamente programado por el sistema burgués (CP) y lo culturalmente dado (la realidad), según el esquema de Peter Mayer<sup>32</sup>.

Según Kelsen, la Cf, es un documento solemne que presenta un conjunto de normas jurídicas<sup>33</sup>.

En este tipo de CP se da una concordancia entre Mortati y Kelsen, aunque siempre hay que tener en cuenta que el primero es *institucionalista*; y, el segundo, *normativista*. En otras palabras, los postulados de cada uno de esos modelos analíticos son distintos.

También, la CP como un documento solemne de naturaleza jurídica en el cual se da la ley fundamental del Estado y su organización; a la par, de los derechos y deberes del ciudadano, se puede citar por todos los otros a Ardolfi<sup>34</sup>.

#### 15) CP = *dispositivo de control del poder*.

De acuerdo con Karl Loewenstein, la C actúa como un freno a los detentadores del poder, para garantizarle al ciudadano sus derechos individuales. De este modo, la C es un instrumento, un dispositivo para limitar el ejercicio del poder político y controlar el proceso del poder en la sociedad, que tiene la pretensión de ser justa. Agrega este autor que la historia del constitucionalismo es la búsqueda por el *zoon politikon* de los frenos y las limitaciones al poder que tienen los detentadores del mando en una sociedad.

Así, la C tiene una doble justificación ideológica: i) liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de los dominadores; y, ii) asignarles una legítima participación en el proceso del poder<sup>35</sup>.

Este poder político sometido a determinadas reglas para ejercitar el proceso político, es la C, fruto de la ideología liberal<sup>36</sup>.

Este autor, expresa que la C debe contener estos aspectos, como mínimo:

- evitar la concentración del poder estatal, diversificando las tareas o funciones públicas y sus respectivos órganos en distintos agentes públicos (funcionarios o empleados, correspondientemente).
- Hacer operable y funcional el principio de los frenos y contrapesos de la ideología liberal, que impliquen una distribución y una fiscalización del poder público.
- Elaborar una técnica que permita que la maquinaria de la administración pública no se bloquee, sino, al contrario que existan métodos y procedimientos que faciliten la resolución de conflictos de competencia entre órganos, aplicándose —además— las reglas de los contralores jerárquicos propios e impropios.
- Implementar la reforma constitucional, como un medio de modificar la C, dentro de la racionalidad propia del sistema jurídico y económico burgués.
- Respeto a los derechos y garantías individuales; y, su debida protección frente al aparato estatal<sup>37</sup>.

Al respecto, es conveniente tener presente que este mismo autor considera que la *política* es la lucha por el poder, teniendo éste un carácter demoníaco, que debe ser limitado y controlado (en el caso de las sociedades modernas, por la C). A su vez, divide los detentadores del poder en visibles, oficiales y detectables; y, aquellos que son todo lo contrario. Los primeros, son los funcionarios públicos que tienen a su cargo los órganos del Estado. Los segundos, se pueden ubicar en los grupos de presión, cámaras patronales, los mecenas de los partidos políticos, etc.<sup>38</sup>. Son aquellos miembros más conspicuos de la clase dominante, tomando en consideración que esta clase social es heterogénea, conflictiva y dialéctica.

#### 16) *Tipología propuesta por Biscaretti*.

Este autor nos recuerda —entre otros tipos— los siguientes:

- 1º) C = conjunto de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, que establecen la estructura esencial del E. Este es el *tipo objetivo* o *sustancial* de C.
- 2º) C = *tipo formal*: sólo las normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de su procedimiento de elaboración más difícil, más solemne y más amplio.
- 3º) C = particular acto solemne normativo que contiene la mayoría de las disposiciones sustanciales de carácter constitucional. Se trata

<sup>32</sup> Sobre el tema de la sociología jurídica, Jean Carbonnier tiene una monografía muy sugestiva con ese mismo nombre, editada por Tecnos en 1977.

<sup>33</sup> KELSEN, ib., pp. 146 a 148.

<sup>34</sup> ARDOLFI, Nino. *Temí di Diritto Costituzionale*. (Milano: Cetim. 1977), p. 5.

<sup>35</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel. 1970), pp. 149 a 151.

<sup>36</sup> LOEWENSTEIN, ídem., p. 151.

<sup>37</sup> LOEWENSTEIN, ib., p. 153.

<sup>38</sup> LOEWENSTEIN, ib., pp. 23 a 38.

del conocido *tipo documental* (C = documento solemne de normas jurídicas fundamentales del E)<sup>39</sup>.

### 17) *Tipo legitimante del Estado burgués.*

Este tipo nos lo presenta —entre muchos autores—, Tierno Galván.

Según este tipo, la C es un instrumento para proteger y mantener el E y la sociedad burguesa. Por ello, los ideólogos de la burguesía, han pensado la C como un código fundamental, pétreo, escrito que tiende a ser perfecto e inalterable. Asimismo, parte de la perfección de la C, es que permite la posibilidad de reforma y los mecanismos institucionalizados para mantener a buen seguro la C como el instrumento por excelencia de dominación legal racional del sistema burgués (Weber, Schmitt, Marx).

Los ideólogos burgueses parten del supuesto de que la C es un código que recoge normas jurídicas fundamentales, incluso —entre ellas— la de la su adaptación a los cambios del sistema económico, social y político, tendientes a la consolidación y modernización de los aparatos de dominación social tanto estatales como para estatales<sup>40</sup>.

A lo anterior, agregamos que cualquier ordenamiento jurídico, incluyendo la C, es un instrumento de poder en manos de la respectiva clase dominante del sistema político vigente. Es decir, el axioma constitucional político se expresaría así:

C = instrumento de dominación de la clase dominante de cualquier sistema político moderno (socialista o capitalista).

### 17) *Tipo "histórico".*

Este aparte lo tomamos de Sánchez Agesta, ya que es didácticamente funcional.

Parte del supuesto de que la C es una ley fundamental o una superley del Estado y de la comunidad política, ya que la sociedad no es un ente anárquico, desarticulado, asistemático, sino —al contrario— ordenado, estructurado y articulado. Así, de acuerdo a la evolución de la C = ley fundamental, se ha tenido esta clasificación, al tenor del desarrollo de la historia del Estado moderno:

1º) Ley fundamental = Lfu = ley trascendente, superior al derecho positivo y que se identifica con la ley de Dios (la divinidad) o

<sup>39</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al derecho constitucional comparado. (México: CFE. 1975), pp. 285 a 288.

<sup>40</sup> TIERNO GALVÁN, Enrique. Especificación de un Derecho constitucional para una fase de transición (Madrid: Boletín informativo de Ciencia Política. N° 10, agosto de 1972), pp. 5 a 16.

con la ley natural (la de la naturaleza). El monarca o rey, era el depositario, intérprete y ejecutor de esa ley; a la vez, que era responsable sólo ante Dios (origen divino del poder político). Se puede identificar este tipo con el período del absolutismo europeo.

2º) Lfu = pacto constitutivo entre el rey y su reino. Esta tesis del pacto, limitó —al menos parcialmente— la soberanía del monarca y su posible arbitrariedad. Este tipo del pacto o compromiso se puede ubicar en Inglaterra, a partir de Juan Sin Tierra (1215). También juega como instrumento limitativo del poder real.

3º) Lfu = hecho normativo tradicional, sobre el que se asienta el poder del monarca. El peso de la tradición y de la costumbre para legitimar, así, el ejercicio del poder real. Para Jean Bodin, el límite a este poder monárquico, fundado en el poder de la tradición real es la ley natural, que ni los reyes pueden violar.

4º) Lfu = plan del pueblo soberano; la voluntad política del pueblo.

Nace este tipo histórico con la Revolución Francesa (1789) para legitimar la acción del poder burgués contra el poder monárquico.

Expresó Robespierre que la corrupción del gobierno tiene su fuente en el exceso de poder y en la independencia en el confrontamiento con el pueblo soberano. Por ello hay que disminuir el poder de los gobernantes. Consecuentemente, se puede hacer lo siguiente:

- El gobernante debe durar poco en el poder formal, estatal
- Nadie puede ejercer al mismo tiempo diversos cargos
- El poder del E debe estar dividido. Siendo preferible multiplicar la cantidad de funcionarios y empleados que concentrar el poder público en pocas personas
- Las funciones legislativas y ejecutivas deben estar cuidadosamente separadas, al igual que las tareas jurisdiccionales.

Todo lo anterior debe conducir a mermar el poder del E en favor de la libertad y la felicidad del pueblo.

Afirmando que la C debe procurar *sobre todo* someter a los agentes públicos (funcionarios y empleados del E) a una pesada responsabilidad, haciéndoles depender del pueblo soberano<sup>41</sup>.

Asimismo, este revolucionario francés manifestó que el objetivo de toda CP es proteger el ejercicio de los imprescindibles derechos que pertenecen a todos los hombres. Tales derechos son sagrados y constituyen la eterna base de la C:

<sup>41</sup> ROBESPIERRE, Maximilien. La revolución jacobina. (Barcelona: Península. 1973), pp. 107 a 122.

- la libertad del hombre
- la soberanía reside en el pueblo
- la ley es la expresión de la voluntad general del pueblo
- Todos los hombres son iguales ante la ley
- La ley es igual para todos los hombres
- Todos los hombres tienen acceso a los cargos públicos, con la sola distinción de su virtud y sus talentos
- los funcionarios públicos (agentes del E) son servidores del pueblo soberano
- la resistencia a la opresión es garantía necesaria de los derechos del hombre <sup>42</sup>.

Precisamente ese desplazamiento del tipo C es inherente al cambio global que se estaba dando en la sociedad europea, en la que el poder monárquico va cediendo posiciones frente al avance de la burguesía. De este modo, el poder político que detentaba la nobleza se debilita en su confrontación con el poder económico (cada vez más fuerte) de la burguesía en ascenso. Cabalmente, la guerra civil de 1789 (llamada por los franceses Gran Revolución) significa ese traspaso de poderes brusco de la aristocracia a la burguesía insurgente.

Por esa razón, la superley —que es la C— requiere de un superlegislador para ser creada o modificada, a la par de procedimientos sumamente formalistas y rigurosos. Surge así, el tipo de C como instrumento de limitar y someter al poder político <sup>43</sup>.

Claro está que este político español no evade la pregunta: ¿para qué sirve la C? Su respuesta se engarza con la tipología que analizó anteriormente y se deriva de ese estudio.

Por ello, indica Sánchez Agesta que la C:

- i) define y explica los fundamentos políticos de la comunidad a las cuales está referida.
- ii) Institucionaliza y legitima los poderes políticos establecidos (el *statu quo*).
- iii) Define el orden político y jurídico dado como el orden oficial y consagrado por la clase política (Gaetano Mosca).
- iv) Regula la estructura, funciones y relaciones del poder público y político.
- v) Institucionaliza el acceso al poder político y público, como su ejercicio dentro del ámbito de las reglas de juego dados por la propia C <sup>44</sup>.

<sup>42</sup> ROBESPIERRE, ídem., pp. 15, 102 a 106.

<sup>43</sup> SANCHEZ AGESTA, Luis. Principios de teoría política. (Madrid: Ed. Nacional. 1967), pp. 257 a 264.

<sup>44</sup> SANCHEZ AGESTA, ib. pp. 270 a 273.

Esas funciones de la C, pueden dar lugar —a su vez— a tipos diversos de C. Como por ejemplo, así:

- i) C = *statu quo* (tipo conservador).
- ii) C = orden y Ley oficial (similar al anterior; consagra y legitima el *establishment*).
- iii) C = estructura y función del poder político y público (tipo estructuralista).
- iv) C = restricción al uso y manejo del Poder estatal. (Tipo instrumentalista).

Finalmente, mencionemos que el citado autor plantea que la C es una superley escrita que tiende a limitar el poder (estatal) mediante una organización que lo divide (división de poderes) y establece una esfera de autonomía de *libertad*, como resultado de un largo y complejo proceso histórico <sup>45</sup> que se puede remontar, en esa lucha del hombre por concretar su radio de acción, eso que se ha dado en llamar su “libertad”, regulada por la estructura social.

En este mismo sentido Friedrich señala que la C es el proceso por el cual la acción gubernamental queda (a nivel formal-jurídico) restringida, actuando —asimismo— como un proceso político ligado a la técnica de fronteras al poder del E. A la vez, que —como supuesto de base— toda C implica una toma de decisión respecto al sistema de gobierno, a su organización y a sus elementos esenciales (libertades públicas, forma de organización política, etc.). Aclarando que las formas constitucionales del E moderno significan Estados de derecho (aparato estatal sometido a la C y a la Ley) emanadas ambas normas jurídicas del poder burgués residenciado en las Asambleas Nacionales Constituyentes y en las Asambleas Legislativas, respectivamente. Pero, si bien es cierto que todo E moderno presenta una C, no se puede afirmar que a toda C le corresponde un Estado de Derecho (Ed) <sup>46</sup>. Por ejemplo, las dictaduras nazi, fascistas, rusa, china, etc. En otros términos un E no se convierte (mecánicamente, automáticamente) en un Estado de Derecho (Ed) por el hecho de tener una C. V.gr. Nicaragua, Argentina, Cuba. Por así decirlo, las leyes no viven y se actualizan en los librerías, en las bibliotecas. Un E es de Derecho cuando, en la realidad social, los seres humanos viven la dimensión de las libertades públicas, cuando el poder del E está —efectivamente— limitado; y, el sistema democrático racional burgués capitalista (Marx, Weber, Schmitt) se proyecta en la sociedad. Así, lo relevante no es que la C afirme que todos somos iguales ante la ley y que ésta es igual para todos aquellos. Lo significativo, socialmente, es que ese mandato cons-

<sup>45</sup> Apud, SANCHEZ AGESTA, p. 261.

<sup>46</sup> FRIEDRICH, Carl J. Gobierno constitucional y democracia. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1975), pp. 265, 266 y 343, T. I.

titucional tenga una realización en el mundo de los seres humanos de carne y hueso, palpable, visible y comprobable.

En este sentido, Friedrich acepta que la C es una norma fundamental de gobierno. En cuanto forma de estructurar, de organizar y de articular el poder político en una sociedad<sup>47</sup>. El suelo donde nace el E moderno, es de corte burgués; en el cual los pilares básicos de este sistema político integral, está constituido por estos axiomas:

- 1º) imperio de la ley, como expresión de la voluntad popular (formalmente; pero, material y sustancialmente, voluntad burguesa, voluntad de la clase política (Mosca), de la clase dominante (Marx, Weber), de la clase hegemónica (Gramsci).
- 2º) División de los poderes públicos (Ejecutivo, Legislativo y judicial), dando lugar a la concepción material y formal de las funciones estatales.
- 3º) Libertades públicas debidamente protegidas.
- 4º) Régimen de responsabilidad de los agentes públicos; y, del propio E, como persona jurídica máxima, pero sujeta al ordenamiento jurídico.
- 5º) Control jurisdiccional de la actuación del E (sometimiento del aparato gubernamental a la competencia del Poder Judicial, como árbitro solucionador de conflictos legales)<sup>48</sup>.

Dentro de este *tipo histórico*, García de Enterría nos señala la línea de desarrollo que conduce al Ed, al constitucionalismo moderno, a la sujeción del poder político al Derecho, a la C jurídica plena de una comunidad.

Bien expresa este catedrático que el suculento tema del Ed se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas para sujetar ese poder estatal, ese poder administrativo al sistema de regulaciones formales de "la justicia administrativa", del control contencioso administrativo sobre el poder público<sup>49</sup>. Todo, con la finalidad de comprender que la *Theoría* y la *praxis* —de la política burguesa— fabrica el Derecho, la C (ideal, plena y referencial) para asegurar "la coexistencia de las libertades" de los ciudadanos en marco contextual y vital integrado por las leyes, los tribunales y el orden público<sup>50</sup>, tal como fue propuesto por la obra de la Revolución Francesa.

<sup>47</sup> FRIEDRICH, op. cit., pp. 266 a 271.

<sup>48</sup> DIAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad democrática. (Madrid: Edicusa. 1969), pp. 27 a 41.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTINEZ CARANDE, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder (Madrid: Civitas. 1974), pp. 11 a 14.

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Revolución francesa y administración contemporánea. (Madrid: Taurus. 1972) pp. 9 a 30.

## 18. Tipo Helleriano.

Ahora detalleemos el tipo que nos propone Hermann Heller.

### 1º) La CP = realidad social.

Dice este autor que la constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante la actividad humana consciente y sólo ella<sup>51</sup>.

Es decir, son los hechos del ser humano, su actividad en sociedad y en el contexto estatal, la sustancia misma de la CP. Claro está, que toda la actividad del *homo sapiens* deviene en el proceso real del fenómeno social. Al respecto, Heller repite a Lasalle, en lo relativo a llamar a esa CP como la constitución real<sup>52</sup>.

Así, la Constitución (C), organizada, es la C reglada o normada por el control social (Law, Mores, Folkways). También se le agrega a esto, que la CP es la fusión de la normalidad (lo fáctico) y la normatividad (lo jurídico). No se pueden desligar estos aspectos del mismo fenómeno constitucional, como hizo Kelsen, viendo en la CP puro derecho; o, como Carl Schmitt, postulando una CP como mera decisión voluntarista, puntualiza Heller.

Ante esta perspectiva, el autor en cuestión expresa que la C del Estado es la conducta normada y jurídicamente organizada de los componentes de la sociedad; y, la conducta no normada (pero sí, normalizada y subordinada al control social global)<sup>53</sup>.

Para este escritor la C normada es una normalidad de la conducta normada jurídicamente; o, extrajurídicamente, por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda (el control social *in extenso*).

Aquí, la *normalidad* es la ejemplaridad u obligatoriedad de un obrar acorde con determinados criterios positivos de valor. O sea, conducta humana orientada por ciertos principios o valores rectores de esa conducta. Mientras, que la *normatividad*, es lo estatuido jurídicamente. En este sentido, la CP = normalidad + normatividad = lo real + lo legal. Por ello, Heller dice que la CP es proceso de la vida real; proceso completo, tanto como pasos intermedios del mismo, como sus resultados, que a su vez, son parte del proceso en mayúscula (macroproceso). Aquí, se ve cómo Heller combate a Kelsen, para quien el ordenamiento jurídico es derecho puro, sin mezclas con otras partes del contexto en el cual el ser humano vive (como, la religión, lo económico, etc.). Pues, para Heller, la CP es derecho y factores sociales integrales (normatividad y normalidad). También, se le opone a Schmitt,

<sup>51</sup> HELLER, Hermann. Teoría del Estado. (México: Fondo de Cultura Económica. 1961), pp. 267 y 268.

<sup>52</sup> HELLER, idem., p. 268.

<sup>53</sup> HELLER, ib., p. 269.

cuando éste habla del voluntarismo en el fenómeno de la CP, ya que para Heller, la CP es también voluntad humana, decisión del hombre; pero, no exclusivamente.

Al tenor de lo anterior, se comprende por qué Heller manifiesta que la CP es un *proceso real y una realidad social*.

CP = realidad social = C real. (Heller).

Se insiste en que la CP es una relación recíproca, dialéctica y siempre presente en la CP, formando un todo<sup>54</sup>.

Por supuesto que Heller no omite referirse al problema de las CP que son violadas, en las cuales la letra de ella dice una cosa y la realidad otra; en donde la normatividad anda por un lado y la normalidad en otras direcciones. Pero, esto no disminuye la importancia de la aseveración de que la CP es derecho más realidad social. Aún más, cabalmente porque se dice que la CP es un todo que incluye la norma más la realidad del vivir cotidiano del ser humano, es que se pueden detectar las diferencias, las incongruencias y las distancias entre lo que la CP manda y lo que se realiza en la sociedad. Por esta razón, señala Heller que la *constitución real (Cr) consiste en las relaciones reales de poder*<sup>55</sup>.

Cr = relaciones reales de poder (abreviado, Cr = poder).

Aquí, llegamos al tema desarrollado por Karl Marx, Max Weber, Carl Schmitt, Dahrendorf y muchos otros: los que tienen el poder en una sociedad son los que definen las reglas de juego y la situación global de la sociedad (no en términos mecanicistas, ni automáticos; sino, dialécticos, relativos y dinámicos). O, como dijo Lewis Carrol, en su obra *A través del Espejo*: los que tienen el poder, definen los conceptos.

La Cr (no la que está en el documento u hoja de papel, llamada Constitución Política) está íntimamente ligada a los grupos, clases sociales, agrupaciones, asociaciones, etc., que detentan el poder político y económico en una sociedad dada. El mismo Mortati, se pronuncia en el mismo sentido al hablar de las fuerzas políticamente dominantes como gestoras y actoras (no, exclusivamente, pero sí relevantemente) del Estado y del Derecho; y, por supuesto de la Constitución material (Cm = Cr).

Ahora bien: *¿qué entiende Heller por la Constitución jurídica destacada?*

<sup>54</sup> HELLER, op. cit., 270 a 273.

<sup>55</sup> HELLER, loc. cit., pp. 275 a 278.

2º) *Constitución jurídica destacada.* (Cjd).

Dice Heller que la Constitución de un Estado es el contenido normativo destacado de del *status* político total en el cual el E se desarrolla: y, no, este *status*, sino sólo esa parte en relieve. Se trata, pues de una estructura normativa de sentido; un deber ser (lo que orienta la conducta). Aquí Heller reitera su crítica a Kelsen y a Schmitt, al expresar: "Kelsen hace consistir al Estado y a la Constitución en un deber ser, exclusivamente; Carl Schmitt pretende eliminar de la Constitución toda normatividad"; añadiendo que estos enfoques unilaterales de la teoría del Estado sólo pueden ser superados si se logra descubrir la *conexión real* partiendo de la cual pueden ser explicadas y comprendidas tanto la Constitución en cuanto ser (Constitución real; lo que ocurre en la realidad social) como la Constitución jurídica normativa (el deber ser, la normatividad). Y, por supuesto, el método dogmático jurídico que a *ella* le corresponde<sup>56</sup>.

Heller, nos advierte que la Constitución jurídica destacada (Cjd) es, asimismo, expresión de las relaciones de poder, tanto en el plano físico como psíquico (es decir, en la totalidad de las dimensiones en las cuales actúa el ser humano). Por este motivo, la Cjd está en relación y condicionada (en un sentido o en otro) con la realidad (ya, sea de conformidad con ella o en disconformidad con la misma). Es decir, la Cjd no está separada ni emancipada de la realidad social.

Como bien expresa Heller, normatividad y normalidad constituyen una unidad dialéctica; es un todo dinámico, que se puede explicar a partir de esta unidad, cuyos elementos están recíprocamente condicionados.

Una metodología propia y adecuada para estudiar esta clase de fenómenos (estrecha y profunda vinculación entre normatividad y normalidad; entre derecho y realidad social integral), es aquella que parte de la observación (de carácter sociológico jurídico; sociológico político y/o sociológico estatal) de la conexión articulada y sistemática (cuyo sentido se lo da el científico social; ya que la construcción de la realidad es mental, a través de la metodología y los conceptos) del orden normativo (en cuanto estructura de normas legales; e, incluso, en sentido genérico —sociológico y antropológico—) con el sistema social integrado (o, mera realidad o *factum*).

Es esta la metodología específica de la sociología del poder (y, concretamente, de la sociología del derecho)<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Apud HELLER, pp. 278 y 279.

<sup>57</sup> Sobre este tema se puede consultar la monografía que escribí sobre *La sociología jurídica en Max Weber* (San José: Trejos. 1975; agotada), en la cual analizo estos problemas a propósito del pensamiento de Weber.

Heller, insiste en un punto que es crucial en su pensamiento. Este aspecto es el siguiente:

*“A la Teoría del Estado incumbe el cometido más limitado de mostrar cómo la Constitución real del Estado moderno ha hecho prácticamente necesaria una Constitución jurídica objetiva y un método correspondiente a ella”*<sup>58</sup>.

En el lenguaje de Max Weber, estamos ante el problema de la racionalización y la formalización del Derecho y del Estado modernos. Heller analiza problemas similares desde perspectivas parecidas, lo cual queda probado cuando se leen las notas de Weber que Heller incluye en su discurso escrito.

A la burguesía insurgente, le convenía una CP objetivada, formalizada y racionalizadora de la vida política, pues los abusos del absolutismo perjudicaban las aspiraciones hegemónicas de la burguesía en ascenso. Tanto Heller, como Weber estudian este proceso de formalización y objetivación del derecho burgués, contra un derecho natural, interpretado y ejecutado, a su arbitrio, por el monarca que interpretaba la *voluntas Dei*.

Por supuesto, que a esos procesos de objetivación, racionalización y formalización del Estado y del Derecho, se le complementa el mecanismo cristallizador de todas esas tendencias: la burocratización. De este modo, el derecho y el Estado se burocratizan. Así, el Estado (con sus clásicos Poderes Públicos), se convierte en un ente burocrático mucho más férreo e ineluctable que la maquinaria gubernamental de los monarcas absolutistas. La diferencia radica en que todo el aparato burocrático del Estado, lo controla la burguesía, primero, para desmontar el sistema absolutista; y, luego para consolidarse en el poder.

Al tenor de lo anterior se entiende lo que expresa Heller: “decisiva importancia entraña, para la emancipación de la normatividad frente a la mera normalidad, el aseguramiento de la vigencia de la norma por la organización”<sup>59</sup>. De esta manera, el empirismo y el capricho de los monarcas, interpretando casuística y antojadizamente la “normalidad” (los hechos sociales), queda amortiguado por el funcionamiento de una “normatividad” puesta en vigencia, y con plena eficacia, por la burocracia pública.

Clarísimo, a este respecto, es Heller, cuando continúa:

*“Este aseguramiento (de la normatividad burocratizada) se realiza mediante el establecimiento de órganos especiales a quienes incumbe, en la división del trabajo social, la aplicación de reglas*

<sup>58</sup> HELLER, *ib.*, p. 280.

<sup>59</sup> HELLER, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

*normativas, su ejecución y creación, respecto a los demás miembros de la sociedad, por medio de una acción conscientemente dirigida a un fin.”*<sup>60</sup>

Advirtiendo que:

*“Largo fue el camino que hubo de recorrer hasta llegar por fin, en la Europa de la Edad Moderna, al aseguramiento jurídico por medio de la organización estatal con una numerosa burocracia especializada”*<sup>61</sup>.

Sin duda, el hecho social de que el Derecho lo crean, difunden, aplican, enseñan, ejecutan, institucionalizan, etc., burócratas le da al fenómeno legal, como a todos los demás de la sociedad, un sesgo sumamente interesante que la sociología jurídica no ha pasado por alto<sup>62</sup>. En otras palabras, el mundo del Derecho está inmerso en la burocracia; y, este condicionante le da una fisonomía *sui generis* a la estructura jurídica.

Este autor no evade el problema de la creación, implementación y ejecución del derecho por la clase dominante; por un lado; y, el punto de la autonomía relativa del Estado y del Derecho. Dice, este teórico del Estado, que si bien es cierto que esa clase social es la que domina, tampoco —por este hecho— puede hacer lo que guste con el Derecho y su maquinaria de poder: el Estado. Lo expresa con estas palabras:

*“Aún en el caso de que la clase dominada sólo busque perpetuar su situación de dominación mediante la organización (burocrática)”*<sup>63</sup> del Estado moderno, y habida cuenta del carácter creador de poder del Derecho, debe procurar un cierto grado de objetividad e inviolabilidad de su justicia, ejecución y legislación, aunque a veces sean ciertamente muy elásticas”<sup>64</sup>.

Cabalmente, bajo la influencia de Weber, Simmel y Marx, el autor en cuestión afirmará que “una Constitución jurídica unitaria en un territorio fue posible en Europa a partir del momento en que adquirió vida propia una organización unitaria administrada por funcionarios”<sup>65</sup>. Así, la burocracia, presente, en toda la maquinaria estatal fue un factor

<sup>60</sup> Apud HELLER, p. 281.

<sup>61</sup> HELLER, *ib.*, p. 281.

<sup>62</sup> En el escrito Algunas anotaciones sobre la sociología del Derecho (Revista de Ciencias Jurídicas, N° 26, pp 257 a 350; San José: Colegio de Abogados y Facultad de Derecho U.C.R.) puse de manifiesto este aspecto del problema Derecho/realidad social.

<sup>63</sup> Observación del autor de este ensayo.

<sup>64</sup> HELLER, *cit.*, p. 282.

<sup>65</sup> HELLER, *id.*, p. 282.

esencial para el surgimiento del capitalismo, de la democracia racional, burguesa y republicana, como lo indican Weber y Schmitt.

También admite este jurista que la Constitución del Estado, puede ser planteada como la formación de la situación política total, en el sentido de estructura de poder característica del Estado. Desde este ángulo podría hablarse (para fines didácticos) del Estado en reposo (que sería la Constitución, entendida en esta acepción) con respecto a la Administración Pública, que nos daría el Estado en movimiento, dinámico, en acción.

Claro está, que esa objetivación de la Constitución, no es una reificación, una cosificación, una mera coseidad legal o constitucional. Al contrario, el hecho de que esté objetivada, tal Constitución, le permite el sujeto-ser humano actualizarla y modernizarla. El fetichismo jurídico, con respecto a la CP surge cuando se cree que la CP es una cosa inamovible, inmodificable y eterna. Por este motivo, Heller indica que la convivencia humana es fluida, es una serie cuasi-infinita de actos que conforman lo Social, que le da unidad y sentido tanto al Derecho como a la Sociedad, y por supuesto a la CP. La cual en la medida en que sirve a una estructura de poder determinada, deja de ser un "derecho de situación" (diría, de congelamiento o fosilización) para ser un derecho de dominación social, de control social, de hegemonía global en todas las estructuras y procesos sociales; y, en cualquier sistema político moderno.

No deja de ser claro este intelectual cuando afirma, criterio que compartimos, que las entidades políticas o sistemas políticos, siempre han tenido y tienen una Constitución en cuanto estructura de poder característica y como mínimo de normas jurídicas referentes a esa estructura. Parte de los frutos de las revoluciones burguesas, será el de forjar una CP, de tipo escrito y jurídico formalizado. En la CP, de corte burgués, se incluye la estructura total del Estado, la cual aparece regulada en ese documento escrito único que es la CP. Así, Heller, repite a Lasalle, cuando éste afirmó que la CP es un documento, una hoja de papel, en la cual están incorporadas todas las instituciones y principios del gobierno de cada país<sup>66</sup>. Ya se trate de un sistema político socialista o capitalista, por ejemplo.

Esta CP sirve a la centralización del poder y a la planificación de la gestión de la burguesía en el poder, luego de las revoluciones francesa e inglesa —respectivamente—. Así, se da una unidad de acción para enterrar el absolutismo y levantar la nueva sociedad burguesa, racionalizadora y pragmática. Esta organización sistemática del Estado y del Derecho, burgueses, hace previsible y factible el orden económico capitalista, dice Heller —repetiendo a Weber y a Marx—<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> HELLER, cit., p. 290.

<sup>67</sup> HELLER, cit., p. 291.

Sin duda, pues, el moderno constitucionalismo, ha sentido la influencia de esa tendencia a la racionalización de la estructura de poder (para hacerla más efectiva, previsible y férrea) burgués como parte de ese proceso político, gestado por la burguesía (por medio de las revoluciones europeas) para establecer o ponerle límites al ejercicio del poder público, por las monarquías absolutistas<sup>68</sup>.

Este mismo autor, añade que el objetivo de las revoluciones burguesas de los Siglos XVII al XIX y de las Constituciones que propugnaban, era la limitación del poder absoluto del Estado monárquico por un Derecho Constitucional consignado en un documento escrito. La burguesía lucha por su libertad civil, política y por su propiedad privada contra los desmanes del Rey y de la aristocracia. De esta suerte, el contenido nuevo de los documentos constitucionales modernos consiste en la tendencia a la realización de la limitación jurídica objetiva del poder del Estado y a su correspondiente, aseguramiento —político— mediante los derechos públicos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto al poder del aparato estatal, pugnando, la burguesía insurgente, porque los derechos fundamentales del ser humano sean protegidos por la estructura esencial de la organización del Estado<sup>69</sup>.

Por supuesto, que la burguesía como clase social revolucionaria ha sido reconocida por el mismo Marx, en el *Manifiesto Comunista* y en la demás producción intelectual del *moro*, como le decían a Karl Marx por su cabellera negra. Sin embargo, históricamente, la burguesía fue revolucionaria y luchó contra el absolutismo y la aristocracia. En esta amplia y compleja época histórica (siglos XIV a XIX), la burguesía da una pelea contra los gobiernos absolutistas; trata de limitar el poder público para defender su cosmovisión y sus *status* emergente. Aquí se aplica la conceptología y la metodología del constitucionalismo moderno como un instrumento de la burguesía para constreñir el poder de la realeza.

Pero, luego, a partir del advenimiento al trono de la clase burguesa, ya no tiene sentido (en este siglo XX) afirmar que la burguesía lucha por limitar el poder del Estado, cuando —precisamente— ya controla el aparato estatal en su favor. Ahora, el problema y la perspectiva son otras. Por ejemplo, ¿cómo afianzarse en el poder público?, ¿cómo desarrollar el poder económico a través del poder político y jurídico que detenta?, etc. En este sentido y en estas coordenadas históricas, debe reconocerse a la clase burguesa, ya no como lo que fue: una clase dominada y en ascenso, sino como la clase social hegemónica del sistema social capitalista. Su interés es mantenerse en el poder, anclarse en él, fortalecer su posición. De ahí, que la realidad constitucional e histórica de este siglo XX sea la dictadura o dominación social global de la clase que ha sustituido al absolutismo feudal y/o aristocrático: la burguesía.

<sup>68</sup> HELLER, cit., p. 291.

<sup>69</sup> HELLER, cit. pp. 291 y 292.

Por estas razones, el Estado se fortalece, se expande, se agiganta hasta la integración de las llamadas empresas públicas.

En este sentido, luchar por el Estado de Derecho y por la democracia liberal, burguesa y racional, es revolucionario; pues, coloca a la clase social dominante, poseedora del capital, a la defensiva con las mismas armas con que ella puso en jaque a la aristocracia absolutista. De ahí que el rescate de la CP como un instrumento de límite del poder burgués es una tarea instrumentalizable por las clases dominadas o subordinadas, en el sentido de: la lucha por la igualdad ante la ley, el acceso a la educación, el respeto a las libertades públicas, la defensa del sufragio universal, secreto y la soberanía popular, etc.; son todas tareas de impugnación y erosión del poder burgués. Parte de ese juego de ocultamiento de la CP como reglas de convivencia reales, se nota al comprobarse que las Constituciones Políticas en América Latina son retórica y utopía.

#### IV. EL CASO DE COSTA RICA

##### 1) Convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Desde 1966 un sector del Partido Liberación Nacional —jefeado por Daniel Oduber Quirós— ha llevado a cabo una tarea de insistencia en la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC). Este esfuerzo, hasta el momento no ha dado sus frutos, pero —según parece— continuará.

El Congreso Jurídico Nacional de 1977<sup>70</sup>, fue testigo del enfrentamiento entre las dos tendencias (la favorable y la desfavorable, con respecto a la cuestionada convocatoria). El resultado de las votaciones en ese congreso fueron favorables a la tendencia opuesta a reformas a la CP. Esta derrota se explica por las circunstancias que rodearon la presentación de reformas a la CP, como por ejemplo: 1) improvisación del documento donde se exponían las reformas, el cual fue sencillo, redactado a la ligera e inconsistente. Además, el grupo que eventualmente podría haber apoyado esas reformas no fue adecuadamente enterado de las mismas ni formado en una clara conciencia de grupo. En estas circunstancias, la defensa fue débil, desarticulada y le faltaron votos. Claro está que el ambiente estuvo teñido de intereses políticos y antagonismos personales, que —como es frecuente— distorsionan las ideas y los planteamientos estrictamente jurídicos. Pero, en fin, la realidad es la que se impone.

A continuación, haré un esbozo de los argumentos que se han dado en contra de la mencionada convocatoria.

<sup>70</sup> Al respecto escribí un breve ensayo sobre el Congreso citado, celebrado en el Colegio de Abogados del 21 al 25 de noviembre de 1977, publicado en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 30 (setiembre-diciembre), pp. 11 a 16.

#### 2) Argumentos en contra de la convocatoria (Co)

Los argumentos que se han dado, entre otros son:

- a) La Co es un cheque en blanco, en el cual no se sabe lo que ocurrirá (sector empresarial).
- b) La Co implica intranquilidad, inseguridad, desorden social. (sector empresarial).
- c) La Co no es necesaria; es algo superfluo, pues la actual CP cumple bien su cometido. (sector empresarial).
- d) Los problemas del país no los genera la CP, sino una porción de las instituciones públicas y de la *clase política* (Gaetano Mosca). (Sector de izquierda; posición de Rodolfo Cerdas).
- e) La Co es un golpe de Estado, una revolución. Pues no se puede atentar contra las cláusulas pétreas de la CP. Esta posición es la de Eduardo Ortiz, la cual detallaremos más adelante.
- f) La Co es un paso a lo desconocido (sector de Vanguardia Popular).
- g) Una ANC implicaría un poder paralelo a los Poderes Públicos instituidos, lo cual sería fatal para la estabilidad del país (sector empresarial).
- h) No hay proyecto de CP; por ello, es una aventura muy arriesgada aceptar una Co (sector empresarial; sector de izquierda).
- i) La clase dominante de esta nación tendría el poder en la ANC; por esta razón, la CP seguirá siendo un instrumento en manos de la burguesía explotadora y de los grupos representativos del capitalismo internacional afiliado a las transnacionales imperialistas (sector izquierdista).

En otras palabras los grupos ubicados y definidos como socialistas, marxistas, troskistas, castristas, etc., como aquellos formados por las cámaras de empresarios se oponen a la convocatoria a una ANC, por diversas razones; siendo la actitud (aunque el contenido de la argumentación es diferente) de rechazo a la misma. Solamente la fracción que domina Daniel Oduber<sup>71</sup> en el Partido Liberación Nacional, formada por empresarios, políticos y tecnócratas (en ascenso socioeconómico), defienden tal convocatoria, sin que tengan un documento bien articulado en donde razonen su posición.

##### A) Posición de Eduardo Ortiz.

El catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Eduardo Ortiz Ortiz representa la tesis más elaborada y

<sup>71</sup> Esta afirmación es relativa, por cuanto existen políticos y tecnócratas liberacionistas no controlados por Oduber que aceptan y defienden la cuestionada convocatoria por razones técnicas, legales, institucionales y administrativas.

consistente de los grupos opuestos a la convocatoria a una ANC. Por ello la comentaremos brevemente ahora.

Este autor expresa que las opiniones favorables a la Co han sido de tres tipos: uno, para llenar lagunas técnicas de la actual CP; dos, aquellas que sostienen que la CP debe adaptarse a las nuevas condiciones sociales; y, tres, las que afirman que la CP vigente es un freno para el desarrollo futuro del país<sup>72</sup>. Estos tres argumentos aparecen desarticulados, sin fundamento consistente y lleno de lugares comunes.

Para este publicista la Constitución (C) Política (P) no es un grupo de reglas o normas muertas, sino, además, o conjuntamente es un fenómeno real de comportamiento de gobernantes y gobernados que actúa para regular el uso del poder político sobre la sociedad y para permitir que ésta viva y se transforme y que circulen las ideas y las ideologías. Así, pues, la esencia de una CP democrática y liberal está en la idea de que la persona, su dignidad y su libertad así como su felicidad individual humana, son los fines últimos y supremos del ordenamiento, para la cual la CP debe garantizar la libre transformación y cambio de la sociedad, así como la más plena circulación de posiciones ideológicas y políticas. Puntualizando que en todo caso y siempre la CP es expresión de una posición ideológica, de un programa de una comunidad histórica e individualizada, que implica una forma determinada de repartir socialmente la libertad, la propiedad y la participación política. Agregando que se han dado diversos modos de concebir una CP, *verbigratia*: compromiso de tendencias o de intereses sociales (de las fuerzas políticas dominantes: Mortati); cristalización de una ideología (Loewenstein); dominación social global de la clase capitalista sobre la clase trabajadora (Marx-Engels); la decisión esencial de un pueblo (Schmitt); la cristalización de principios básicos de convivencia (Sánchez Agesta). Pero, que él prefiere usar el concepto de Jean Riverò, CP como régimen jurídico del poder político a partir del sistema de valores al que está ordenado<sup>73</sup>.

Añadiendo que lo esencial es el hecho de que toda CP, como norma y como forma de vida, está presidida, fundada y orientada por una idea de servicio del E a la comunidad, que siempre encierra una ideología respecto del reparto o distribución social del poder político, de la libertad y de la propiedad, como justificación fundamental de ese poder. Indicando que la ideología fundamental o esencial de la CP —que justifica y dirige el poder político como tal— es lo verdaderamente trascendente y humano de toda CP<sup>74</sup>.

Ortiz, también acepta la definición de George Burdeau, para quien la CP es la regla por la cual el soberano legitima el Poder, solidari-

<sup>72</sup> ORTIZ ORTIZ, Eduardo. De las reformas constitucionales inconstitucionales. Reforma general de la Constitución, revolución y golpe de Estado. (San José: Instituto Costarricense de la Empresa Privada. 1977), p. 7.

<sup>73</sup> Apud ORTIZ, pp. 9 y 10.

<sup>74</sup> ORTIZ, ídem., p. 10.

zándose con la idea de derecho que éste representa y determina, en consecuencia, las reglas de su ejercicio<sup>75</sup>.

Ahora bien, indagemos sobre el tipo de CP que propone Ortiz.

Riverò, hace sinónimo la CP del régimen jurídico del poder político y Burdeau (autores aceptados por Ortiz) afirma que la CP = regla de legitimación del soberano. Podría decirse, que en el fondo, lo que los franceses expresan, es lo mismo.

CP = régimen jurídico del poder político (Riverò).

CP = regla de legitimación del soberano (Burdeau).

Por tanto,

CP = expresión jurídica del poder político = regla de legitimación del gobernante.

Aquí, podríamos decir que “régimen jurídico” = “regla de legitimación”; y, que el “poder político”, lo ejerce el “soberano”. De esta forma, CP = régimen jurídico del poder político = regla de legitimación del soberano”. Así, Riverò y Burdeau, dicen lo mismo con diversas palabras. Ya que el soberano representa y refleja el poder político (lo encarna); y, el régimen jurídico es la regla de legitimación del ejercicio de ese poder político o del poder del gobernante.

Claro está que somos conscientes que se trata de una perspectiva que asumimos frente a esas dos conceptualizaciones. No afirmamos que sea la única y la verdadera. Al contrario, admitimos que es una, entre tantas, formas de analizar esta cuestión, máxime cuando se trata de conceptos jurídico-políticos indeterminados, plurivalentes e incluso difusos.

Lo que, en profundidad, plantean Riverò, Burdeau y Ortiz es lo conocido en sociología política: la CP (e, incluso el total ordenamiento jurídico es un instrumento de dominación social, de control social de la clase política (Mosca), hegemónica (Gramsci) o explotadora (Marx) sobre la clase social subordinada o trabajadora-asalariada. O, en términos de Max Weber, el E y el derecho modernos se fundan en la dominación racional-legal implementada burocráticamente. Siendo, así, el E una maquinaria burocrática de poder político.

Por consiguiente, nosotros no oponemos argumento alguno a ese tipo de CP, como instrumento jurídico de legitimación del poder político; al contrario, nos parece operacional y procedente heurísticamente. Posteriormente, Ortiz nos hace una lista (*numerus apertus*) de las cláusulas pétreas, reglas e instituciones esenciales en nuestro sistema político, que al decir de Marx Weber y Carl Schmitt, es “racional, burgués, liberal y republicano”.

<sup>75</sup> ORTIZ, íb., pp. 10 y 11, cita tomada de Burdeau, *Traité de Science Politique*. T. IV, *Le Statut du Pouvoir dans l'Etat*, 2<sup>a</sup> ed., p. 45.

Esta lista la toma de la actual CP costarricense.

- Art. 1 = Costa Rica es una República democrática.  
Art. 2 = la soberanía reside en la Nación.  
Art. 4 = Ninguna persona o reunión de personas puede asumir la representación del pueblo.  
Art. 6 = El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio de acuerdo con los principios de Derecho Internacional.  
Art. 9 = El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Y, luego también transcribe los artículos de la CP 10, 11, 98, 48, 49, 79, 87, 28, 45, 50, 12, 73, 84, entre otros <sup>76</sup>.

Para este administrativista, existen dos aspectos vitales en su exposición: *primero*, todo régimen político está regido por un conjunto de valores y de ideales que son los que lo identifican y definen; y, los que le permiten mantenerse dentro de los cambios que sufre a lo largo de su existencia. Esos valores de la CP, estas normas inmutables e irrenunciables de la CP, son las *cláusulas pétreas* de toda CP.

Esas *cláusulas pétreas* de toda CP, son las necesarias para expresar y realizar sus decisiones políticas fundamentales en orden a valores y fines colectivos determinados o que revelen los ideales sociales que justifican la existencia del poder político y su ejercicio por el pueblo y por el gobierno. Esas cláusulas, son inmutables porque si se reforman, ello daría lugar a otro sistema político sustitutivo.

*Segundo*, todo régimen político nutre su sentido y alcance (desde el punto de vista de sus valores, sus instituciones y sus técnicas) no sólo de la letra de la CP, sino —sobre todo— afirma Ortiz, del espíritu de ésta, tal y como resulta interpretado y aplicado por los gobernantes a la luz de las exigencias de la opinión pública actual y de las generaciones cambiantes.

Por esta razón, la CP no es lo que dice su texto, ni lo que con éste quisieron decir sus redactores y autores inmediatos, sino lo que el pueblo actual vive de ella y entiende que dice y ordena, con vista a los nuevos problemas y de las nuevas ideologías sucesivas, en tanto no resulten —en el presente— en inzanjable o irremediable conflicto con la ideología de la CP. Puntualizando que, la CP no es la de sus autores (digamos, los diputados de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949), sino la que se desprende y deriva de su letra (la de la CP) vivificada y actualizada por la jurisprudencia, las prácticas de gobierno;

<sup>76</sup> Apud ORTIZ, pp. 12 a 16.

y, por los principios de las nuevas doctrinas políticas y jurídicas reinantes que reflejan la adaptación de las ciencias sociales a la realidad de la vida política y su correspondiente cambio y transformación <sup>77</sup>.

Insistiendo Ortiz en que se comprenda que la CP no es letra muerta, ni escritura sobre papel ni la norma escrita fundamental de un país *sin más*; al contrario, es *mucho más*, la CP es una forma real de vida y de gobierno. Concluyendo que la CP "sólo puede y debe reemplazarse *totalmente* cuando sea necesaria una verdadera revolución para el cambio, aunque no sea violenta ni sangrienta, sino meramente ideológica o axiológica". Advirtiendo que, para crisis menores y lagunas técnicas (como las que se alegan ahora en Costa Rica por los que quieren la cuestionada convocatoria), están las reformas parciales <sup>78</sup>.

## B) *¿Qué podemos decir, al respecto?*

1º) Efectivamente aceptamos que todo sistemas político tiene algunos valores, instituciones y estructuras esenciales que lo identifican y definen. ¿Podría enlazarse esta indicación con el funcionalismo, (o, más aún) con el estructural-funcionalismo? Creemos que no. Sin embargo, en lo que respecta al Prof. Ortiz parece que sí.

Los postulados de esta corriente de la ciencia social, son:

- i. Todos los elementos de un sistema (social, político, etc.) son *indispensables* para la existencia del mismo (estructural-funcionalismo = e-f, exagerado). Así, en nuestro caso, *todos* los elementos que componen la CP son indispensables para su permanencia y sobrevivencia. Esta postura extrema, ha sido suavizada por la que afirma que *algunos* elementos son indispensables para el sistema. Como por ejemplo, las llamadas *cláusulas pétreas* en la estructura jurídica denominada CP.
- ii. Hay una *unidad funcional* en la CP, pues tanto las *cláusulas pétreas* como las demás (*fluidas*), se integran en el macrosistema racional, burgués, capitalista (Weber, Marx, Schmitt).
- iii. Se da un *equilibrio* en el sistema, ya sea pensado como un ecosistema legal o como una estructura funcional de corte democrático y capitalista.
- iv. Se da un *consenso* del pueblo y de la sociedad con respecto a la actual CP.
- v. La CP tiene mecanismos homeostáticos que tienden a mantenerla equilibrada y funcional en el sistema capitalista (*sistema social* a lo Talcott Parsons).

<sup>77</sup> ORTIZ, *ib.*, pp. 16 y 17.

<sup>78</sup> ORTIZ, *cit.*, p. 18.

En nuestro criterio el pensamiento de Ortiz se inscribe en estas coordenadas estructurales-funcionales, pues concibe la CP como una unidad funcional-jurídica (o, legal), consensual popular (apoyo popular, en ejercicio de la soberanía de los administrados), equilibrada y con mecanismos equilibradores (reformas parciales) y cuyo objetivo es la legitimación del gobernante en el ejercicio del poder político, mediante la acción permanente y operacional de cláusulas pétreas que automantienen (y, reproducen) (*feedback*) el entero sistema macrosocial racional, burgués y capitalista.

Por ello, el enfoque de Ortiz está en la tesis del estructural-funcionalismo<sup>79</sup>. Nuestra hipótesis de trabajo se ubica en la tesis coactiva de la integración social. Entendemos que ambos instrumentos de trabajo coadyuvan en la tarea científico social.

En lo que respecta las cláusulas pétreas o permanentes e inmutables, aludidas, consideramos que —efectivamente— el sistema capitalista o democrático republicano-liberal, dejaría de ser tal, si, *v. gr.*, se eliminara de ese sistema la propiedad privada de los medios de producción y distribución. En este sentido, concordamos con el enfoque de Ortiz (el cual es lógico-formal). Ahora bien, en la realidad, dado que los grupos políticos y económicos que tienen su hegemonía en nuestro país se adhieren a la ideología capitalista, es no viable, afirmar que el fruto de una ANC (Asamblea Nacional Constituyente) sería la transformación del sistema político actual de Costa Rica (de índole capitalista) por uno socialista o comunista. No solo porque la mayoría de los posibles diputados a esa ANC serían pro-sistema capitalista, sino, debido a que el estado actual de cosas en nuestra nación no permite viabilizar tesis socialistas o comunistas, en la medida en que dadas las condiciones subjetivas de existencia del pueblo costarricense, rebotaría cualquier intento de implantar un sistema socialista —en estos momentos históricos—, explicable (en parte) por la ausencia de una conciencia de

<sup>79</sup> Con respecto a esta tesis estructural-funcional, recordemos lo siguiente: Emilio DURKHEIM expresó que la función es la correspondencia entre el hecho (cosa) considerado (a) y las necesidades generales del organismo social (sistema social, en Parsons). (*Las reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Ed. Schapire, 1969, p. 80). En RADCLIFFE-BROWN, función incluye el concepto o la noción de estructura que consiste en una serie de relaciones entre entidades unificadas, manteniéndose la actividad de la estructura por un proceso vital compuesto por las actividades de las unidades constitutivas. (Así, por ejemplo, la función de un uso social particular es la contribución que hace a la vida social total como funcionamiento del sistema social total o global. Esta idea de la unidad funcional de un sistema social es una hipótesis digna de ser comprobada por el examen sistemático de los hechos (*Estructura y función en la sociedad primitiva*); Barcelona, Península, s.f.e., pp. 206 y 207. La obra de Robert King Merton *Teoría y estructuras sociales* tiene un excelente análisis del estructural-funcionalismo, añadiendo este sociólogo los conceptos de funciones latentes y manifiestas (México: CFE, 1965, pp. 29 a 94).

clase real (ya que tienen conciencia falsa), sin que por ello, no quepa visualizar una conciencia posible en términos de Lukacs<sup>80</sup>.

Por ello, oponerse a una ANC porque las cláusulas pétreas de la actual CP puedan ser modificadas o variadas, no tiene asidero en la realidad; aunque, pueda tenerlo en el análisis lógico formal.

2º) Efectivamente es cierto que (verdad real) la CP es algo más que la letra del documento respectivo. En esto, Ortiz concuerda con Lasalle, entre otros. La CP va más allá del mero folleto en que está impresa. Por ello, Mortati habla en términos de la constitución formal y la constitución material, ya apuntados. Aquí Ortiz acepta la postura del citado autor italiano, que nosotros también compartimos.

Aquí hay que señalar que en la mayoría de los países de América Latina, la CP es un mero documento, pues los gobiernos militares no la respetan. Se da, pues, un Estado de Derecho de carácter formal, y de ningún modo material o sustancial (real).

3º) El catedrático Ortiz expresa que una reforma total de la CP = revolución jurídica = golpe de Estado<sup>81</sup>.

Al respecto indica Ortiz que las Constituciones Políticas, entendidas como un plan de organización político y social, son obra de un poder político que quiere transformar el orden existente en función de principios ideológicos<sup>82</sup> (Sánchez Agesta), Pero no sólo reafirma el criterio de Sánchez Agesta, sino que ratifica lo dicho por Mortati cuando éste afirma que una constitución es un conjunto sistemático de principios animados por un mismo espíritu creador y no un acervo de disposiciones yuxtapuestas<sup>83</sup>. En este orden de ideas, cita a Vanossi y a Juan Linares —autores argentinos— cuando el primero dice que lo revolucionario para la ciencia jurídica supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes<sup>84</sup>; y, el segundo, afina el concepto de revolución jurídica escribiendo que esta revolución tiene como carac-

<sup>80</sup> En ese enfrentamiento de clases (lucha de clases sociales), los conceptos de burguesía y proletariado (tipos ideales; también, categorías históricas), la conciencia falsa encubre y oculta las relaciones de dominación social para no dar lugar a la conciencia real o verdadera. Le corresponde a la conciencia posible conducir a la clase proletaria del estado de una conciencia falsa a la real; palpando, así, la lucha de clases y la estructura de hegemonía social que controla y explota a la clase asalariada. (*Historia y conciencia de clase*, México, Ed. Grijalbo, 1969; pp. 49 a 88).

<sup>81</sup> ORTIZ, *ib.*, pp. 19 a 27.

<sup>82</sup> SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 5ª ed. 1974, p. 28; cit. por ORTIZ, *idem.*, p. 19.

<sup>83</sup> MORTATI, Costantino. *Studi sul Potere Costituente e sulla Riforma Costituzionale dello Stato*, vol. I, p. 10; cit. ORTIZ, p. 25.

<sup>84</sup> VANOSI, Jorge. *Teoría Constitucional, Teoría Constituyente*, vol. I, De Palma, 1975, p. 144; cit. ORTIZ, p. 25.

terística el rompimiento de la lógica normativa de creación regular del derecho, establecida por un ordenamiento jurídico<sup>85</sup>.

De ahí que Ortiz llegue a la conclusión de que una ANC constituiría una revolución jurídica en la medida en que tuviera la pretensión de una reforma total o general de la actual CP. Aun más, considera que es un golpe de Estado y una reforma inconstitucional. Por lo que sostiene que sólo es posible una reforma parcial de la CP vigente<sup>86</sup>.

En este sentido advierte que el art. 196 de la actual CP<sup>87</sup> no se aplica a las reformas totales o generales; mejor dicho, que este numeral constitucional carece de aplicación jurídica: "la autorización constitucional para una reforma total o general de la Constitución, no la hace jurídicamente posible y en nada cambia la situación"; pues "hay una insalvable contradicción entre el art. 196 y las otras normas e instituciones políticas del país"<sup>88</sup>.

A este respecto hay que informar que la ANC de 1949 votó favorablemente por el art. 196, sin entrar al análisis de fondo de las reformas parciales y de las totales o generales. Interpreto que los diputados constituyentes de la época, al hacer una distinción entre la *reforma parcial* y la *general* estimaron que una reforma general de la CP podría hacerla sólo y nada más que una Asamblea Nacional Constituyente dentro de la tesis del poder político del pueblo soberano expresado en la votación de miembros de dicha asamblea. Es decir, la concepción del pueblo soberano y su poder político, legitiman la formación de órganos tan importantes como un ANC, dentro de la óptica de la teoría del poder constituyente y su potestad de crear poderes constituidos en el marco contextual del sistema democrático republicano liberal. Estimo que parte de la respuesta que se pueda elaborar al punto de vista del profesor Ortiz va en este sentido de la competencia y de las facultades del poder constituyente. Lo cual niega, tal vez, la afirmación del jurista Ortiz en el sentido de que una reforma *general* = revolución jurídica o golpe de Estado, por cuanto el pueblo soberano decide, por el sufragio, montar una ANC.

Frente al criterio del prof. Ortiz que dice que "el art. 196 no existe ni tiene validez jurídica, por imposibilidad lógica de aplicación. En Costa Rica, como cualquier otro ordenamiento, son imposibles las reformas generales de la Constitución"<sup>89</sup>; se pueden analizar las citadas

<sup>85</sup> VANOSSI *ib.*, cit. ORTIZ, p. 25.

<sup>86</sup> ORTIZ *op. cit.*, pp. 27 a 30.

<sup>87</sup> Art. 196 CP= la reforma general de esta Constitución sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.

<sup>88</sup> Apud ORTIZ, p. 30.

<sup>89</sup> ORTIZ, *ib.*, p. 31.

actas de la ANC de 1949<sup>90</sup>, en las cuales se nota claramente que los diputados constituyentes sí aceptaron la posibilidad de hacerle reformas generales a la CP. Claro está que el profesor citado podría decir (como efectivamente ya lo señaló)<sup>91</sup> que las reformas generales se dan a nivel de hecho (*de factum*), pero nunca como supuesto lógico de una CP, dentro del análisis lógico jurídico de una CP. Sin embargo, ¿cómo podría resolverse la aparente contradicción de que una CP permita su autodestrucción —institucionalizando la reforma total— y por el otro lado la tesis democrática de respeto a la soberanía del pueblo? En esta disyuntiva de principios, cede cualquier otro al de la soberanía popular y a los fundamentos del sistema democrático (lo cual podría decirse que es suicida). En otras palabras, si el pueblo decide nombrar a constituyentes que elaboran una CP socialista, no hay duda que la actual CP queda derogada; y, por supuesto, no sólo eso: se suplanta el sistema capitalista por un sistema socialista. En virtud de la voluntad popular, políticamente manifestada en el órgano ANC. Claro está que éste es un análisis de carácter formal. La realidad costarricense se impone y ella nos indica que los principios de la actual CP se mantendrán (las *cláusulas pétreas*, citadas). En otros términos, parece que el socialismo no es viable ni a corto ni mediano plazo en Costa Rica (*juicio de valor*). Así parece de acuerdo a las condiciones objetivas de existencia, a nivel de la lucha de clases, a la fuerza política real de los sectores de izquierda y a la capacidad de modernización del aparato estatal y de los partidos de la clase política (Mosca), entre otros factores.

Este mismo autor finaliza manifestando que "es constitucional y jurídicamente imposible que la Constitución autorice reformas totales. La norma que lo haga —como el art. 196— autoriza la destrucción de la Constitución; es contradictoria con el espíritu de ésta; reniega de la función propia de todo órgano de revisión constitucional, que es adaptar la Constitución para conservarla, sin destruirla y sin impedir el cambio social"<sup>92</sup>.

Con relación a este punto de vista, estimamos que se da una realidad; la actual CP admite la *reforma general* de ella misma.

Apreciamos que la ANC de 1949 cuando votó en favor de las *reformas generales*, admitió la existencia de las *cláusulas pétreas* de la CP. En el contexto de las actas mencionadas (150 a 153, 177 y 182),

<sup>90</sup> Actas de la ANC de 1949, Nos. 150 a 153, 177 y 182. (San José; Imprenta Nacional. 1957, T. III).

<sup>91</sup> ORTIZ, *cit.*, p. 29: "de hecho y exactamente en igual posición que un poder revolucionario, sin continuidad ni derivación respecto de la Constitución existente y eventualmente en plena contradicción con ésta y sus más sagrados principios, puede el órgano constitucional reformar totalmente la Constitución y crear una monarquía en Costa Rica...". "Estaría fundando un nuevo régimen político. Esto se puede hacer materialmente, pero no jurídicamente: destruirá la Constitución y sería a lo mismo que una revolución o que un golpe de Estado" (p. 30).

<sup>92</sup> Apud ORTIZ, p. 40.

se ve claramente que la mentalidad de los constituyentes era antitotalitaria, valga lo que dijeron sobre el art. 98 contra el fascismo y el comunismo. Por ello, sugiero que los diputados de la ANC de 1949 asumieron que la *reforma general* del art. 196 no era total, sino que respetaba las cláusulas pétreas del sistema democrático, burgués, racional y capitalista. En este sentido no admito que este art. 196 se refiera a la reforma total (*contraditio in terminis*) sino a una *reforma general* que respete los fundamentos del sistema democrático burgués. De ahí que lo afirmado por el prof. Ortiz no valga si se asume que la reforma general del art. 196 no es una *reforma total* (pues ya no sería tal "reforma", sino sustitución global y plena).

En otras palabras, el autor analizado confunde el concepto de *total* con el de *general*. Es decir, lo *total* implicaría un cambio global, integral y pleno de todos y cada uno de los artículos de la CP. Se trataría de una sustitución *in toto*, que lo comprende todo. En cambio, la *reforma general* (su nombre lo señala) se refiere a un cambio de la CP *no total, ni parcial*, sino respetando las bases, los fundamentos del sistema político (burgués, si se trata de un CP capitalista; socialista, cuando se piensa en un régimen de propiedad colectiva de los medios de producción y de distribución, y planificación obligatoria —vinculante— y centralizada).

Al respecto, recordemos que la actual CP de la URSS (aprobada en la séptima sesión extraordinaria del Soviet Supremo de la novena legislatura, el 7 de octubre de 1977) afirma en su

"Art. 174 = La Constitución de la URSS puede ser modificada mediante decisión del Soviet Supremo de la URSS, adoptada por una mayoría no inferior a dos tercios de los votos en cada una de sus Cámaras".

En este artículo no se aclara, expresamente, que la modificación sea parcial o general. Simplemente dice "*puede ser modificada*". Ya se sabe que esa modificación o reforma puede ser de "*uno o más artículos*" (tomando esta expresión del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, Art. 72)<sup>93</sup>. Ahora bien, no se sabe, certeramente, cuántos artículos deben ser modificados o reformados para que se pase de una reforma *parcial* a una *general*. Porque el reglamento citado expresa que:

"Las reformas parciales a la Constitución Política proceden con arreglo a las siguientes disposiciones, de conformidad con lo que establece el artículo 195 de la misma Carta (Magna) =

<sup>93</sup> Asamblea Legislativa (San José: Imprenta Nacional, 1978), p. 39.

a) El Proyecto en que se pida la reforma de uno o más artículos debe presentarse en sesiones ordinarias, firmado por no menos de diez diputados".  
(La recta es nuestra).

De acuerdo con esa redacción, la *reforma parcial* se da cuando se cambian uno o más numerales de la Carta Magna. Entonces, ¿cuántos artículos pueden ser transformados por el mecanismo de la reforma parcial: 10, 20, 80 o 100? ¿Acaso, la mitad de 197 cantidad total numerada de artículos de la CP? Ya se sabe que estamos ante los conceptos jurídicos indeterminados, *unbestimmter Rechtsbegriff* (tesis alemana) o *notions vagues ou souples* (tesis francesa), cada una de ellas en su perspectiva propia<sup>94</sup>. Eso sí, tales conceptos jurídicos difusos, ambiguos, polivalentes (conceptos esponja) serán en nuestro caso *pocos* y *muchos*. De esta suerte, si se trata de *pocos* artículos modificados, se entenderá que se está ante una reforma parcial (por ejemplo, desde 1949, la CP ha sufrido 25 reformas en 29 años). Cuando se trata de *muchos* artículos que se desean reformar (por el Poder Político de turno, entonces se estará hablando de una reforma general, la cual debe hacerse por medio de una ANC, convocada al efecto.

Tanto *pocos* y *muchos*, son conceptos del lenguaje común y cotidiano de las personas; sin embargo, adquieren relevancia jurídica cuando se emplean en un contexto legal como el mencionado.

Como se observa, la redacción no es precisa, sino ambigua y confusa. Sin embargo, nadie pretendería decir que la reforma de 100 artículos de la CP es parcial, con el objetivo de someterse al procedimiento de reforma parcial establecido por el Ordenamiento Jurídico. Como, tampoco sería aceptable decir que diputados constituyentes, representantes de los partidos políticos mayoritarios y dominantes en el país realicen una CP socialista o comunista. Esto sería como afirmar que los panaderos fabrican aluminio. Al contrario, también opera este argumento. Efectivamente, la CP de Cuba (de 1976), manda en su artículo 141:

"Esta Constitución sólo puede ser reformada, total o parcialmente, por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes" (La recta es nuestra).

Incluso, en este caso, en el que la propia CP dice que puede ser hecha una reforma total, se sabe que los cambios constitucionales en una

<sup>94</sup> Sainz Moreno, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. (Madrid: Civitas, 1976; 223 a 274).



CP socialista serán efectuados en la tesis del socialismo, y no del capitalismo. En otras palabras, los socialistas no votarán una reforma total (o, sustitución plena) que distorsione el sistema socialista cubano, aunque la CP —al tenor literal— postule un cambio *total* de ella.

Ello quiere decir, desde nuestra perspectiva, que aún en el supuesto de que la CP autorice una reforma total (como el caso de Cuba), tampoco procede afirmar que esa cláusula traiciona el sistema socialista y destruye la CP cubana, pues la infraestructura de la norma constitucional (llámese constitución material, real o sustancial) impone la realidad del sistema socialista en Cuba o en Rusia.

En otros términos, los que tienen el poder, en cualquier sociedad, no van a permitir (salvo por métodos violentos y, a la vez, perdiendo el poder político y económico) que su proyecto jurídico y político sea variado en su contra. Es decir: *en toda sociedad, el grupo social dominante ejerce el poder en su beneficio (axioma del control social).*

### 3) Argumentos a favor de la convocatoria a una ANC.

El grupo encabezado por Daniel Oduber, dirigentes como Armando Arauz, Alfonso Carro, Oscar Arias y otros, han defendido (como miembros del Partido Liberación Nacional) la convocatoria a una ANC, en virtud de razones técnicas, institucionales y administrativas; además, de argumentos políticos, jurídicos, sociológicos y económicos.

Estos puntos de vista se pueden resumir así:

- 1) El país se ha modernizado y requiere una CP idónea para el futuro (Arauz).
- 2) Los cambios cuantitativos y cualitativos operados en el seno de la sociedad costarricense ameritan una CP nueva (Oscar Arias).
- 3) Se debe hacer una revisión general de la CP, por razones técnicas e institucionales (Eugenio Rodríguez Vega).
- 4) Después de 1949, el país ha crecido y el Estado no ha respondido a ese crecimiento estatal y a sus proyecciones en la sociedad. Una CP nueva es urgente, por lo tanto para llenar esa laguna del Ordenamiento Legal (Mauro Murillo).
- 5) La Asamblea Legislativa no puede, mediante las reformas parciales, hacerle frente a una serie sistemática de cambios constitucionales de carácter técnico (José Miguel Corrales).
- 6) Dentro del marco democrático, la ANC puede llevar adelante una tarea de modernización y de perfeccionamiento de la actual CP (Carlos José Gutiérrez).

Lamentablemente, ninguno de los defensores de la convocatoria citada ha elaborado un escrito sistemático, bien estructurado y sólido en ayuda de su posición. Por esta razón, la tesis del prof. Ortiz se alza con fuerza ante aquellos que desean (por diversos y complejos motivos

una ANC, pero no han logrado darle cuerpo a un documento que —ideológicamente— justifique adecuadamente su postura.

He de señalar que la Oficina de Planificación en el año de 1977 (siendo Ministro de este ramo, el Dr. Oscar Arias Sánchez) formó una comisión *ad honorem* que trabajó por varios meses en la discusión de los temas de la CP vigente. Esta comisión estuvo formada por juristas del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, además de un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Formé parte de esta comisión, y por ello, puedo decir, que las discusiones de los temas propuestos fueron fructíferas, pero no se pudo imprimir un escrito que recogiera lo conversado y acordado. Así puedo afirmar que en el ánimo de la mayoría de los componentes de esa comisión *ad hoc* privó la tesis (fundada y razonada) de que la *reforma general* (no *total*, como entiende el prof. Ortiz) es conveniente para el país. Y, *éste es el punto de vista de quien estas páginas escribe.*

### V. CONCLUSIONES.

- a) La CP es el proyecto jurídico político de la clase política (Mosca); es decir, la cosmovisión del conjunto de fracciones de clase que componen la clase social dominante o hegemónica (Gasmsci) en una sociedad moderna con un Estado de Derecho.
- b) Las teorías sobre la CP (tipos de CP) responden al nivel de racionalización y de ideologización de los elaboradores, distribuidores y ejecutores de ideas sobre el sistema político y legal prevaleciente u oficial en la sociedad de la época moderna.
- c) Aunque lo relevante en una sociedad moderna no es la Ley, sino la realidad global (lo fáctico); la CP, como instrumento de control político y de límite al poder público, juega un papel importante en la toma de decisiones y en la lucha por el poder social. Por ello, las fracciones de clase; y, en general, las luchas de clase toman en consideración la CP pues comprenden que ella es el marco de las relaciones sociales de producción y la fuente por excelencia —a nivel legal— de la producción del Sistema Social integral.
- d) Por lo que se refiere a Costa Rica, estimo que es necesaria una ANC por cuanto la tarea de reformas generales a la actual CP es insoslayable, por razones técnicas, administrativas, institucionales, políticas, económicas, y sociológicas. No es negando la reforma general como el país puede solucionar sus problemas. Como tampoco, estos problemas surgen de la CP ni se explican a partir de ella. Pero sí, una idónea CP puede constituirse en un instrumento eficaz para el mejoramiento económico-social del pueblo costarricense (juicio de valor).
- e) El Prof. Ortiz hace sinónimo las palabras “general” y “total” en lo referente a las reformas a la CP. Efectivamente, el art. 195 y

el art. 196 de la actual CP se refieren a estas reformas; pero, no a un cambio total y pleno de la CP. Por esta razón, lo que señala este catedrático universitario no se aplica al art. 196, cuestionado. Ni de hecho (nivel real) ni a nivel jurídico, en Costa Rica se puede hablar de una sustitución total y plena de la vigente CP. Salvo, en el supuesto caso, que una guerra civil le dé el poder político a los socialistas y a los comunistas y éstos decidan hacer una CP ajustada al nuevo orden de cosas. Pero por la vía de la convocatoria a una ANC, tal supuesto no se dará, mientras el juego de fuerzas políticas de esta nación favorezca a los partidos no comunistas ni socialistas.

- f) Este artículo se publica mientras el tema de la convocatoria a una ANC se sigue discutiendo en los centros de poder político y económico nacional.
- g) Con respecto al argumento que sostiene que no puede existir una ANC paralela a la existencia de una CP, la respuesta es que sí puede funcionar en el sistema legal esta realidad jurídica, pues, la CP que apruebe la ANC tendrá eficacia a partir del momento en que así lo decida esta ANC. Mientras tanto, la CP vigente es aquella que no ha sido derogada —formalmente— por la ANC. Así, mientras la ANC elabora la nueva CP, se aplica la vigente CP, es decir, la de 1949. Esto en virtud del principio de seguridad jurídica.
- h) Nuestra Carta Magna permite una reforma *general* (no *total*) en su art. 196; y, una reforma *específica* y *concreta* en su art. 7 (párrafo segundo), en lo que se refiere al caso de que tratados públicos y/o convenios internacionales tengan relación directa con la *integridad territorial* o la *organización política*. En estas dos situaciones, se requieren los *dos tercios* de los miembros de una ANC, convocada al efecto, para que se puedan aprobar tales tratados y/o convenios. O, si se trata de la Asamblea Legislativa, el requisito citado está circunscrito a una votación mínima de las *tres cuartas partes* de la totalidad de los integrantes del Poder Legislativo.

Como se nota, se da una votación calificada para tales importantes cuestiones que inciden nuclearmente sobre el Estado y la sociedad costarricenses.

Claro está que la oración "organización política", está señalando hacia la *forma* del sistema capitalista; pero, *no* hacia su esencia o *contenido*: las relaciones de producción y los modos productivos (organización económica) generadores de plusvalía mediante su apropiación privada y su elaboración social (clásica contradicción). Es decir, por ejemplo, se podrá convertir nuestro sistema político en presidencialista o en parlamentarista; pero, de ninguna manera en socialista. Este mismo argumento, es valedero para los sistemas socialistas, *a contrario sensu*. Ya que al axioma

político de base es el siguiente: ninguna estructura política cambia de raíz con el consentimiento de su correspondiente clase hegemónica.

## VI. RESUMEN.

Este artículo efectúa un inventario de los diversos y variados tipos de CP que se han dado en ese desarrollo del constitucionalismo moderno.

La problemática sobre la Constitución Política (CP) que aquí esbozamos no se provoca o genera en el vacío. Al contrario, está motivada por el esfuerzo que, desde 1966, hacen sectores del Partido Liberación Nacional por lograr una nueva asamblea Nacional Constituyente (ANC). Precisamente, en estos meses tanto en Perú como en Chile, se están planteando (*matadis mutandis*) proyectos de CP. Y, por lo que respecta al mundo socialista, tanto la URSS, China Popular como Cuba tienen Cartas Magnas muy recientes. También, en España posfranquista, nuevas y complejas tesis constitucionalistas se gestan. Por ello, bien podría decirse que uno de los signos de estos tiempos se traduce en corrientes constitucionalistas actualizadas.

Así, nuestro país se inscribe en el contexto internacional no por mera casualidad ni coincidencia, sino porque los procesos, estructuras y relaciones mundiales afectan a todos los países del globo, urgiéndoles a tomar medidas congruentes con las nuevas realidades de los países.

Por lo que respecta a la posición que tengo con respecto a la cuestionada convocatoria, he de decir que estoy conforme con ella. Se debe efectuar un análisis general de la CP, tal y como lo propuso el jurista Rodolfo Piza, (cuando era diputado en 1978); es decir, mediante la formación de una comisión de técnicos que estudien la CP y elaboren un proyecto que someterán a la Asamblea Legislativa para su correspondiente procedimiento.

Esta tesis sana, puede ser distorsionada por los políticos de turno que podrían manipular ese proyecto, ya presentado a la Asamblea Legislativa, con el objetivo de usarlo como catapulta contra otras fracciones dominantes. Empero, este es un riesgo que se puede correr en un sistema democrático liberal, burgués, capitalista, como lo bautizó Weber.

En este *escritti minori*, no se pretende decir la "verdad"; sino, expresar un punto de vista, entre otros posibles.

En nuestro país, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) procede en dos casos, constitucionalmente establecidos:

- 1) Art. 7: los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o a la organización po-

lítica del país, *requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Nacional Constituyente, convocada al efecto. (Párrafo segundo).*

- 2) *Art. 196: la reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.*

El art. 196, se sabe que se refiere a reformas de carácter *general* (y, no *total*) de la Carta Magna. Y, aunque dijera *total* (que no lo dice) dicha Carta, lo cierto del caso es que (como en el caso de la Constitución de Cuba que sí habla de una reforma total) a pesar de que estuviera escrita la palabra *total*, los grupos dominantes de cada sociedad tomarían todas las medidas pertinentes (desde las más sutiles hasta las más brutales) para que el sistema político no fuere variado desde sus cimientos mismos. En lo referente al art. 7, párrafo segundo la expresión "*organización política del país*", no está (por supuesto) relacionada con una transformación radical y completa del entero conjunto político, económico y social. Sino, con estructuras secundarias del sistema político; jamás se atentaría contra la propiedad privada de los medios de producción y de distribución ni contra las libertades esenciales del capitalismo (libre empresa, libertad de comercio, libertad de bienes y servicios, libertad en el mercado, libertad en la fijación de precios, etc.). Máxime cuando se sabe que la composición de esa ANC representa los intereses de nuestra clase dominante y hegemónica.

## VII REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS BASICAS

- ALVAREZ, José y Emilio Gillo. Los Jacobinos. (Madrid: Edicusa. 1970).
- BENITEZ, Raúl (coordinador). Clases sociales y crisis política en América Latina. (México: Siglo XXI. 1977).
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional. (México: Fondo de Cultura Económica. 1975).
- BLANCO, Joaquín. Teoría del Poder. (Madrid: Pirámide. 1977).
- CAMPOS, Bidart. Derecho constitucional. (Buenos Aires: Ediar. 1968. T. I.).

- CARRION, Jorge. La burguesía, la oligarquía y el Estado. (México: Nuestro Tiempo 1975).
- CARBONNIER, Jean. Sociología jurídica. (Madrid: Tecnos. 1977).
- CERRONI, Umberto. Teoría política y socialismo. (México: Era. 1976). Marx y el derecho moderno. (México: Grijalbo. 1975).
- CONDE, Francisco Javier. Escritos y fragmentos políticos. (Madrid: Instituto de Estudios Políticos. T. I y II. 1974).
- DIAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. (Madrid: Edicusa. 1964).
- DI TELLA, Torcuato. Clases sociales y estructuras políticas. (Buenos Aires. Paidós. 1974).
- DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. (Barcelona: Ariel. 1970).
- FINER, Hermann. Teoría y práctica del gobierno democrático (Madrid: Tecnos. 1964).
- FRIEDRICH, Carl. Gobierno constitucional y democracia (Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1975).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. (Madrid: Civitas. 1974).
- GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. (Madrid: Alianza. 1977).  
Derecho constitucional comparado. (Madrid: Revista de Occidente. MCML).
- GERARD, Alice. Mitos de la Revolución Francesa. (Barcelona: Península. 1973).
- HAYEK, Friedrich A von. Los fundamentos de la libertad. (Madrid: Unión Ed. 1975).  
Camino de servidumbre. (Madrid: Alianza. 1877).
- HELLER, Hermann. Teoría del Estado. (México: Fondo de Cultura Económica. 1961).  
Concepto, desarrollo y función de la ciencia política. (Buenos Aires: Eds. Nuevas. 1971).
- HERNANDEZ Valle, Rubén. Lecciones de Derecho Constitucional. (San José: publicaciones Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Mimeógrafo. 1974).  
El control de la constitucionalidad de las leyes. (San José: Iuricentro. 1978).
- JOHNSON, E. L. El sistema jurídico soviético. (Barcelona: Península. 1974).
- LAMBERT, D. C. y MARTIN, J. América Latina: economía y sociedades. (México: Fondo de Cultura Económica. 1976).
- LEONI, Bruno. La libertad y la ley. (Madrid: Unión Ed. 1974).
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. (Barcelona: Ariel. 1970).
- MASPETIOL et al Genèse et déclin de l'Etat. (Paris: Archives de Philosophie du Droit. T. 21. Sirey. 1976).
- MORTATI, Constantino. Costituzione formale, costituzione materiale. (Torino: Gouffré. T. XI. Enciclopedia di diritto, pp. 169 a 214, 1962).  
Istituzione di Diritto Pubblico. (Padova: Cedam. 1975).
- ORTIZ, Eduardo. Costa Rica: Estado social de derecho. (San José: Revista de Ciencias jurídicas N° 29. 1976. Págs. 23 a 157).

PASHUKANIS, Evgeni. Teoría general del derecho y marxismo. (Barcelona: Labor. 1976).

PEISER, G. Droit Administratif. (Paris: Dalloz. 1975).

RIVERO, Jean. Droit Administratif. (Paris: Dalloz. 1971).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. La social democracia en Costa Rica. (San José: Imp. Trejos. 1977). Asamblea Nacional Constituyente. Opiniones sobre una posible convocatoria. (San José: Facultad de Derecho. U.C.R. 1978). (Comp.).

SANCHEZ AGESTA, Luis. Principios de teoría política. (Madrid: Ed. Nacional. 1967).

STUCKA, Pëtr. La función revolucionaria del Derecho y del Estado. (Barcelona: Península. 1974).

VARGAS, Ismael. Derecho constitucional. (San José: publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Mimeógrafo. 1961).

VEDEL, Georges. Droit Administratif (Paris: PUF. 1973).

WHEARE, K. Las constituciones modernas. (Barcelona: Labor. 1971).

#### DOCUMENTOS:

Constituciones de:

- Costa Rica.
- Corea
- Cuba
- China Popular
- Estados Unidos de América
- Francia
- Rusia.

## LIBROS