

# PENSAMIENTO CRÍTICO, CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, TROTTA, MADRID, 2014, 119 PÁGS.

CARLOS DE CABO MARTÍN

GUILLERMO ESCOBAR ROCA  
*Universidad de Alcalá*

A vista de pájaro, la “ciencia” española del Derecho constitucional me parece algo anquilosada: utiliza métodos antiguos y, cuando la sociedad demanda respuestas constitucionales, la “academia” apenas se las da. Buena parte de los constitucionalistas mayores, cuando no han sido fagocitados por los partidos (lo que dificulta notablemente la necesaria objetividad), se muestran incapaces de aprehender las nuevas realidades; por su parte, muchos de nuestros constitucionalistas jóvenes (carentes por lo general de los imprescindibles conocimientos no jurídicos) son víctimas de la era de Internet, que amplía las posibilidades de información (no necesariamente de conocimiento) pero dificulta la creatividad. En el número anterior de este Anuario dábamos cuenta de un libro importante sobre una materia de especial trascendencia constitucional, lamentándonos de pasada que hubiera sido escrito por un administrativista, y no por corporativismo de “área de conocimiento”, sino porque esta adscripción de su autor daba a la obra un sesgo, precisamente, demasiado “administrativo” y poco político.

Estamos ayunos sobre todo de dos cosas: de una lectura más política/ crítica de nuestro Derecho constitucional vigente (la ciencia que se hace resulta demasiado contemporizadora con los frecuentes incumplimientos de la norma suprema) y de una teoría constitucional que preste coherencia a esa lectura y, en su caso, aporte elementos para construir un nuevo modelo de Constitución.

Una excepción en este panorama es la muy interesante obra del profesor Carlos De Cabo, catedrático emérito de la Universidad Complutense, uno de los pocos constitucionalistas españoles dedicados a la teoría constitucional. Me he ocupado con anterioridad de su obra: inicialmente en mi recensión (más bien laudatoria) a su libro *Sobre el concepto de ley* (2001), donde nuestro autor venía a exigir a esta fuente del Derecho el clásico requisito de la generalidad (*Quórum* 5-6, 2003: 229-231); posteriormente, en mis comentarios, esta vez críticos, a *Teoría constitucional de la solidaridad* (2006), mostrando mi perplejidad por una cierta ambigüedad de su pensamiento, que propugna una superación del concepto tradicional de derecho fundamental pero a la vez valora positivamente los logros

sociales obtenidos haciendo uso de ese concepto tradicional (*Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, 2012: esp. 292 y 512)

Veamos seguidamente la última aportación del autor a la teoría constitucional. Podríamos admitir, como él mismo la autocalifica, de “jurídica” (p. 61), en tanto habla de Derecho, pero resulta claro que no es dogmática (y seguramente, tampoco científica), pues no maneja las normas jurídicas sino que (creo que conscientemente) se mantiene (salvo excepciones) al margen de ellas: “el pensamiento crítico-jurídico [en sus propias palabras] tiene un ingrediente antisistémico”. No hay ningún problema: la dogmática y la teoría constitucional hacen cosas distintas, aunque no estaría mal que estuvieran más conectadas y que fueran complementarias (para más detalles, mi último trabajo, “El futuro de la dogmática de los derechos”, *Revista catalana de Derecho público*, 49, 2014). De entrada, me parece que este libro hace una buena teoría constitucional pero que resulta poco útil para la dogmática, al situarse demasiado extramuros del Derecho positivo. Yo le situaría más bien en el ámbito de la Filosofía política, lo cual evidentemente no implica desdoro alguno; nos sirve para reflexionar, pero no tanto para actuar, y ello pese a las confesadas pretensiones (fallidas a mi juicio) de De Cabo. La ideología del autor, de inspiración marxista, condiciona todo el planteamiento del libro y el objetivo final de este no es tanto describir la realidad (hacer ciencia) como cambiarla (p. ej., pp. 11-12).

Situando ya esta obra en el ámbito de la Filosofía política, hay un defecto inicial (quizás inevitable en planteamientos no científicos: la Filosofía empieza donde termina la Ciencia), que la contamina por entero: el autor explicita su “precomprensión” (lo cual de por sí es de agradecer) pero no la argumenta bien y por tanto no nos convence. Viene a sostener las siguientes tesis: 1. que el capitalismo (a veces llamado “el sistema”) siempre es perverso; 2. que lo invade todo (esp. pp. 62-69); 3. que hay que superarlo y; 4. que el mejor instrumento para ello es crear una (nueva) Constitución (pp. 110-112).

No comparto ninguna de estas cuatro tesis tan radicales. Aun así, no las cuestionaré aquí con detalle, no porque, obviamente, todas tengan una pequeña parte de razón, sino por falta de espacio. Lo que sí quiero cuestionar es la metodología empleada para defenderlas. Pues bien: las dos primeras tesis no se demuestran con datos empíricos (parece que se dan por sabidas y, como el autor reconoce, no es así) y las dos últimas, que son propositivas, se quedan como a medio camino, demasiado indeterminadas. Si hay que superar el capitalismo, no se dice cómo (no sabemos qué otro sistema económico ocupará su lugar); si debe darse una nueva Constitución (no capitalista), tampoco se aclara mucho sobre el contenido que esta haya de tener. Sin entrar en la evidente ingenuidad (¿una nueva ilusión del jurista?) de creer que la Constitución solucionará los males del presente, al final lo que se nos dice al respecto es lo siguiente:

1. Se ha roto la unidad de los trabajadores y el necesario cambio social carece de un “sujeto histórico” unitario que lo protagonice (pp. 97-99). Sin embargo, hay muestras importantes, aunque todavía fragmentarias (pp. 99 y 108-109), de

revuelta social (el autor cita “los excluidos” y a los “extrasistema” y destaca el caso del 15M). La teoría constitucional debe contribuir a que estas fuerzas converjan (p. 110) y se conviertan (aunque esto no está del todo claro) en un nuevo poder constituyente. A mi juicio, los errores son evidentes: esas supuestas fuerzas no son tales, se idealizan (casi con tono romántico) y, a mi entender, no deberían ser poder constituyente (porque son minoritarias y la Constitución necesita ser aprobada por la gran mayoría), aunque sí acicate del necesario debate público. Resulta significativo que De Cabo critique la idea de contrato (eludiendo lo de “social”, p. 110) y de consenso, en frases que parecen haber inspirado al líder de Podemos (“al poder no se llega por consenso sino por asalto”, sic.). Me recuerda a la curiosa visión de la democracia de cierta izquierda radical y por suerte en retirada: viva la voluntad de la mayoría, siempre que coincida con la mía (destruir el capitalismo).

2. El modelo actual de Constitución debe ser superado, pues no hace sino consolidar el capitalismo y la igualdad “abstracta” (p. 103). Resulta entonces necesario un nuevo modelo de Constitución. Ahora bien, si lo importante es el poder constituyente, el contenido de esa futura Constitución preocupa menos, de ahí que se hable de Constitución “de transición”, “débil” y “abierta” (pp. 111-112). Lo poco que se dice sobre ella parece sorprendente: configuraría un “Derecho común” (¿qué significa?), haría basar el sistema de fuentes antes en la competencia que en la jerarquía (¿un nuevo feudalismo jurídico?), pondría el acento en el pluralismo (una nueva incógnita), y poco más (p. 111). Para mí (discúlpenme), todo un enigma. Si el modelo de “nuevo constitucionalismo” o “constitucionalismo de transición” es Venezuela (elogiado en p. 60), mal vamos, al menos a tenor de sus resultados.

En parte por las razones antedichas, no me parece que esta parte propositiva, eje fundamental del libro que comentamos, aporte demasiado a la teoría constitucional que tanto necesitamos en España. Sin embargo, juzgo mucho más útil la parte de la obra comentada que, tangencialmente y en apariencia con importancia menor, se dedica no tanto a “superar” la Constitución del presente como a “defender” y “criticar” la concepción predominante de la misma; algo de razón tiene nuestro autor cuando destaca la colaboración de la academia (en mi opinión de “alguna” academia) en dejar pasar e incluso a veces hasta legitimar la traición a los ideales del constitucionalismo, todo ello (esta vez a su juicio, no del mío) para defender al capitalismo. En esta línea, me parecen básicamente atendibles (y nuestra dogmática futura debería tomar buena nota), algunas de las ideas siguientes, sobre las cuales me permitiré también realizar breves acotaciones críticas:

1. *De Teoría de la Constitución en sentido estricto*. Se acepta sin discusión que la Constitución es norma y norma suprema; sin embargo, se viola con frecuencia y cede en la práctica ante normas que actúan como superiores, en especial el Derecho de la Unión Europea. La Constitución se muestra así frágil e ineficaz (pp. 78-79). Hasta aquí, de acuerdo, pero no con lo que sigue: “los valores contenidos en la Constitución son imposibles de realizar en una sociedad capitalista, [lo] que implica también luchar por su superación”. Desconoce el autor los muchos avances del garantismo y de otras corrientes para mejorar el cumplimiento de tales valores,

sin necesidad de modificar el modelo económico (aunque sí sus excesos). Critica después (a toro pasado y en línea con la moda actual, nuevamente Podemos), el proceso constituyente español, advirtiéndose aquí otra vez el sesgo subjetivo y no científico de toda la obra (se caricaturiza la transición y se desprecia, de nuevo, el consenso; lean si no: la transición “no solo fue –además de obra real del franquismo que la tuteló– una coincidencia objetiva de intereses, un pacto de conveniencia entre élites, sino sobre todo un pacto de traiciones y entre traidores”, p. 88). Luego critica, en la forma (con razón) y en el fondo (aquí no estaríamos tan de acuerdo), la reforma del artículo 135 CE, así como, en línea de hipótesis, las reformas constitucionales que se avecinan. Nuevamente, es patente el pesimismo del autor, que pone la venda antes de la herida y parece no haber leído las interesantes propuestas de reforma que se vienen formulando (p. ej., la elaborada por las tres organizaciones no gubernamentales más importantes de España). Dice De Cabo: “cuando la presión social amenaza con una ruptura o proceso constituyente, la solución que se trata de utilizar es la de neutralizarlo a través de la reforma constitucional” (p. 84). A nuestro juicio, ni hay tal presión social ni necesidad de destruirlo todo. Yo intentaría ser más constructivo: reforma constitucional en lo que importa, de abajo arriba, y con propuestas concretas, que el autor no formula.

2. *De Teoría de los derechos fundamentales.* Aquí De Cabo parece estar conforme con la regulación constitucional de la materia, si bien critica tres cosas (confieso que la cuarta crítica no la entiendo): minusvaloración de los derechos sociales, desarrollo y práctica “individualista y antiestatalista” de los derechos (no se aportan datos al respecto) e interpretación puramente formal del artículo 14 (pp. 89-90). Pues bien, aunque no entiendo lo de “antiestatalista”, coincidiría con el autor en las tres críticas (y lo he puesto por escrito, con propuestas alternativas, de dogmática pero con trasfondo teórico, en el ya citado *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*), y en esta línea se mueve precisamente la propuesta de reforma constitucional a la que antes aludíamos, procedente de la sociedad civil.

3. *De Teoría de la democracia.* La crítica del autor a la práctica actual de la democracia representativa me parece básicamente acertada, y aquí De Cabo estaría bien acompañado, aunque sus citas no sean muy oportunas y nuevamente exagere con su obsesión anti-capitalista. Sin duda, se impone recuperar y potenciar la democracia: “pocos conceptos son susceptibles de un desarrollo tan rico, amplio y variado como el de democracia, y, a la vez, pocos han sufrido en el desarrollo y práctica constitucional un empobrecimiento y reducción tan notorios” (p. 92). Aquí las propuestas del autor, aunque, una vez más, poco concretas, deben ser también tomadas en consideración: limitar los excesos de la representación (aquí solo propone la revocación de representantes, quizás con inspiración venezolana) y potenciar “otras formas de democracia”... pero ni se dice cuáles ni cómo ni se orientan a garantizar mejor el derecho a participar de todos los ciudadanos sino a construir un nuevo “arma del antisistema” (p. 96). Algo poco democrático, ¿no les parece?

El problema no es solo de De Cabo. Las corrientes (por cierto, mal citadas) que nuestro autor considera principales exponentes del pensamiento crítico-

jurídico tampoco aportan demasiado, y hoy resultan en su mayor parte anticuadas. El desdén al llamado garantismo (pp. 44-45) me parece muy significativo, cuando en él podrían haberse encontrado buenos compañeros de viaje. El capítulo final del último libro de Ferrajoli (*La democracia a través de los derechos*, 2014), por ejemplo, es bastante más útil para conseguir los confesados objetivos de De Cabo de lo que él cree.

Por último, una crítica al estilo. Dice nuestro autor que el intelectual tiene que ser divulgativo y claro (pp. 57-58) y que ha de esforzarse en participar en la necesaria construcción colectiva de la ciencia (p. 73). Pues bien, ni una cosa ni otra. Abundan en este libro los párrafos oscuros, a veces hasta ininteligibles, y no aparece en él ningún atisbo de diálogo con los colegas; no deja de resultar significativo que los cuatro únicos constitucionalistas que se citan, y en cuestiones menores, sean amigos personales. Ciertamente, no hay mucha teoría constitucional escrita en España pero sí algunos trabajos interesantes, en línea con la defensa y crítica de De Cabo de la Constitución actual (y llega a reconocerlo, p. 11), y sobre tales trabajos se guarda el mayor silencio. Si no somos capaces de aprender y dialogar entre nosotros, ¿cómo vamos a progresar científicamente? ¿Cómo vamos a cambiar las cosas? ¿Solos?

En definitiva: una teoría constitucional interesante, pero solo como revulsivo, desde una unilateral y poco científica ideología marxista, que busca criticar por criticar, sin proponer una alternativa que pueda ser compartida por el auténtico poder constituyente, la mayoría social, y sin diálogo con su mejor aliado posible: una dogmática avanzada. La teoría constitucional que necesitamos en España sigue sin estar, aunque se la espera. Suscribimos estas palabras de Ricardo Martín Morales: “El peor enemigo del constitucionalista es el perjuicio. Los perjuicios nos acomodan, nos liberan de tener que pensar. Cuando los perjuicios nos buscan nos terminan encontrando y entonces nos convierten en críticos sistemáticos o en “militantes” por sistema” (*Las propiedades paradójicas del Derecho constitucional*, 2013, p. 35).

Sea como fuere, y aunque he destacado (como creo que debe ser) más mis discrepancias que mis coincidencias, recomiendo vivamente la lectura de este libro. En él hay muchas otras temáticas interesantes, que no he podido abordar aquí, así como múltiples sugerencias que mueven a la reflexión, lo que no es poco. Si todos leyéramos libros como este, algo empezaría a cambiar (aunque solo fuera metodológicamente) en la ciencia española del Derecho constitucional y quizás también, por efecto reflejo, en la realidad.

