COMENTARIOS

a la intervención del Excmo. Sr. D. Olegario González de Cardedal en la Sesión de 25 de noviembre de 2003

DIOS NO CABE EN LA CONSTITUCIÓN (REFLEXIONES DE UN JURISTA CREYENTE)

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero de Miñón *

El problema planteado por el Profesor González de Cardedal se reduce en esencia a éste: ¿Debe una Constitución política mencionar expresamente a Dios? Una mención que, lógicamente, sólo puede hacerse en cuanto fundamento o, lo que es lo mismo, horizonte de la propia Constitución y, por ello, pretende colocarse en el Preámbulo, pese al escaso valor normativo de éste, o al inicio del articulado. De esta cuestión fundamental se deducen las demás planteadas en la ponencia de referencia. Desde la denominada presencia indirecta de Dios, a la inclusión de referencias religiosas en el hipotético Preámbulo de una no menos hipotética Constitución Europea, pasando por la melancólica referencia a la ausencia del nombre de Dios en la vigente Constitución española.

Mi contribución a la reflexión planteada por el Profesor González de Cardedal parte de asumir la imposibilidad de definir a Dios. El Dios de Abrahm, de Isaac y de Jacob, el Dios, padre de Nuestro Señor Jesucristo —«¿Hay algún Dios fuera de Él?» (Ps. 18,32)— «distinto de los otros dioses» (Ps. 135,5), no puede ser definido al no poder ser adscrito a ningún género (Sum. Theo., 1,3,5), conclusión a la que por otros caminos también llega la filosofía analítica, y se presenta siempre como inabarcable por cualquier conceptualización: «Deus semper maior». Pero es claro que si Dios no puede ser definido, si puede ser nombrado y su experiencia ha alimentado los más diversos géneros literarios. Sin embargo, el lenguaje jurídico no resulta ade-

* Sesión del día 16 de diciembre de 2003.

cuado para Dios. Sin duda, el hombre necesita atenerse al derecho para acercarse a Dios, puesto que en el derecho y la justicia se basa Su trono, pero no es posible, mediante el derecho, llegar hasta Él, porque el «totalmente otro» es Santo; pero no es el supremo bien jurídico «lo que debemos a Dios no se llama derecho porque con Dios basta que hagamos lo que podamos» *(Sum Theo.* 2,2, q. 57, 1) e incluso lo que Dios exige al hombre frente al hombre excede todo derecho (Mt. 5,21 ss.). Esta incapacidad del derecho para ocuparse de Dios se pone de relieve en lo que hace a la pieza clave del orden jurídico: la Constitución.

La definición de la Constitución es sin duda posible, pero nada pacífica y el inventario de sus acepciones puede llenar muchas páginas. Ahora bien, a los efectos que aquí interesan y siguiendo el propio planteamiento del Profesor González de Cardedal, pueden distinguirse tres grandes acepciones de lo que la Constitución significa hoy: ya una decisión vital, ya una norma reguladora del proceso político, ya un orden concreto que articula dicho proceso.

La primera es la acepción de Constitución «positiva» que en su día formulara C. Schmitt (1928) y que se corresponde con la noción de un «Estado ético» que, por ser tal, es decir, por considerarse esencialmente capaz de definir e imponer la verdad, tiene vocación totalitaria o, cuando menos, profundamente antiliberal. La Constitución es una opción vital de la comunidad, que implica al individuo, «como a la gota de agua la nube viajera», en expresión de Ortega por aquellos mismos «años decisivos». En la Constitución así entendida, es claro que tendría cabida una referencia a Dios como fundamento o, lo que es lo mismo, meta de esa opción vital. Pero, según más adelante expondré, esa posibilidad no parece avalada ni avalable por la experiencia histórica a la altura de nuestro propio tiempo, caracterizado por el pluralismo religioso e irreligioso.

La segunda es la acepción normativa de Constitución cuya más famosa formulación se encuentra en la obra de Hans Kelsen (desde 1920) y que es la vigente hoy en España para la mas acreditada doctrina (García de Enterría, 1981). De acuerdo con esta versión, la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento en la que se determinan, directamente, los órganos superiores de producción normativa e, indirectamente, todos los demás. La Constitución normativa transforma al Estado en Estado de Derecho; esto es, en ordenamiento. En su virtud, lo que eran magistraturas se convierten en centros de imputación; lo que eran poderes y libertades, en competencias; los elementos del Estado, en límites espaciales y personales de las propias competencias y la misma soberanía significa supremacía y unicidad del orden jurídico estatal. El propio Kelsen compara la autolimitación del Estado por el Derecho con la encarnación del Verbo Divino, puesto que, en ambos casos, se produce un

anonadamiento («kenossis») del creador en la criatura. Lo mismo que la encarnación, la autolimitación del Estado por el derecho supone el sometimiento del Creador al orden por el mismo creado.

Ahora bien, esta «kenossis» de lo político en lo jurídico que supone la Constitución normativa lleva consigo una visión mucho más modesta de lo que ésta es, paralela a la relativización de la idea de justicia que el propio Kelsen, como exponente de una opción liberal, transforma en la de tolerancia mutua. No se trata ya de una decisión existencial, sino de un instrumento para regular la creación del derecho como orden de coexistencia de ámbitos individuales de libertad y, por ello, los epígonos de Kelsen han pretendido vaciar de contenido axiológico la Norma fundamental para reducirla a un compromiso procedimental, en el que, claro está, no hay lugar para Dios.

Por otro lado, en los mismos planteamientos de Kelsen que identifican la destrucción del orden jurídico por parte del Estado en situaciones de crisis con la destrucción del orden natural por las intervenciones divinas, los milagros, late un tema permanente en la religiosidad judía: la profanidad inherente a la racionalidad jurídico-política y su consiguiente oposición a la divinidad, desde la tradición profética hasta las actuales versiones del fundamentalismo antisionista que, en nombre de la fe mosaica, rechaza la estatalidad del moderno Israel. En efecto, el Israel anfictiónico, el de los Jueces, no es un Estado, es la heredad de Yahvé único que puede reinar sobre él (Jueces, 8, 22 sigs.). La monarquía establecida por Saúl tropieza con una gran resistencia tradicionalista de la que es bella muestra el apólogo de Jotan (Jueces, 9,7, cfr. I Sam. 8) o las irónicas palabras puestas en boca del propio Dios: «No es a ti a quien rechazan, sino a mí para que no reine sobre ellos» —le dice a un Samuel quejoso de que los israelitas, para ser como los demás pueblos de su tiempo, quisieran un Rey (I, Sam.8,7)— «¿Tú me vas a edificar una casa a Mi?»— le pregunta a David deseoso, como los demás reyes de su mundo, de construir un templo (II Sam, 7,5)— . No es sólo que Dios no cabe en la Constitución racional kelseniana, sino que Su sombra amenaza la propia Constitución como orden racional.

Sin duda, hay quienes, con Smend (1928), consideramos que la Constitución no es sólo una opción ni sólo una norma, sino un «orden concreto», en el que coinciden normas, valores y experiencias, que realiza la integración política de la realidad social en una serie de instituciones, la máxima de las cuales es el Estado y, precisamente porque la Constitución integra políticamente, es norma suprema del ordenamiento.

Integrar, en este sentido, significa reconducir a la unidad política la diversidad social sin mengua de respetar el pluralismo que esa diversidad supone. En ese

integrar sin mengua de la libertad, consiste la esencia de la integración constitucional, frente a la vía totalizadora de la integración, consistente en negar la pluralidad de los diferentes órdenes funcionales de la convivencia humana (Conde).

La integración política que la Constitución lleva a cabo tiene lugar mediante determinados factores de integración y las diferentes instituciones constitucionales cobran plenitud de sentido cuando se les reconoce esta dimensión de factores de integración.

Dichos factores pueden ser de diversos tipos. Entre otros, materiales y simbólicos. No cabe duda que la creencia de toda la comunidad política en el mismo Dios supone un importante factor material de integración para la misma, tanto mayor cuanto más intensa sea esa fe religiosa, algo que difícilmente puede hoy predicarse de la sociedades europeas. Pero, en todo caso, la experiencia histórica muestra que la integración por la vía constitucional no aparece compatible con este factor de integración, sino, antes bien, con la libertad religiosa exponente de la laicidad, incluso entendida como mera distinción entre lo sagrado y lo profano. Frente a la unión de lo sagrado y lo político propia de la Antigüedad («Quique sua civitate religio est; nostra nobis», afirmaba Cicerón, en *Pro Flaco)* que todavía perdura en el «Cuius regio eius religio» de Westphalia, el constitucionalismo moderno, mantenga o no una religión de Estado, como en Gran Bretaña o los países escandinavos, no requiere una fe unánime. Por el contrario, aquellos sistemas políticos que toman como fundamento de la comunidad política la Fe religiosa, no responden ni pueden responder a las pautas de integración que denominamos constitucionales. Tal es el caso de la «umma» islámica.

En cuanto a los factores simbólicos, se entiende por símbolo aquel objeto cuya aprensión afectiva da sentido a una situación límite y permite acceder a una realidad diferente, tal vez inalcanzable por otras vías. Por ello, el lenguaje religioso, es eminentemente simbólico (Vergote) y simbólico cuanto de Dios se predica. Por eso también, como he expuesto en otras ocasiones, el símbolo político en concreto da sentido al vivir-con-los-otros-y-para-los-otros hasta morir-por-los-otros, ese gran existencial de la vida colectiva. El símbolo político abre, así, el acceso a esa forma superior de existencia que es la vida en comunidad política. Aclarados de esta manera el significado de los términos, ¿en qué sentido simboliza algo Dios para la comunidad política?

En primer lugar, se ha dicho que la referencia a Dios, en la medida en que relativiza el orden político es una garantía de que determinados valores no van a ser arrollados por el poder. Dios sería, por lo tanto, el símbolo de la dignidad humana

como fundamento y límite del orden político. Pero, a decir verdad, la experiencia histórica no permite tan optimista conclusión. La creencia en la divinidad y sus consecuencias éticas ha permitido hacer frente al poder, desde Antígona a Bonhöffer, afirmando que hay normas más altas que las leyes de la Ciudad; pero la utilización política de lo divino ha servido también para sacralizar a la Ciudad y justificar al poder frente a toda ética. La historia ofrece numerosos ejemplos de esta utilización blasfema del nombre de Dios, el último de los cuales, «Gott mit uns», fue el lema, sin duda heredado, pero interesadamente asumido, de los más atroces crímenes contra la humanidad en la II Guerra Mundial. Es necio afirmar la muerte de Yahvé, después de la experiencia de Auschwitz (R. Rubinstein); pero no cabe duda de que el creyente debe, desde entonces, tener especial cuidado en no convertir en blasfemias las invocaciones a la divinidad.

Porque, en segundo término, lo sagrado en general y Dios en particular puede también simbolizar hipostáticamente a la propia comunidad política. Tal fue la famosa interpretación de Durkheim sobre «las formas elementales de la vida religiosa» y no faltan pruebas mucho más cercanas y recientes de ello. Aún sin abandonar el campo constitucional, es claro que, entre otros ejemplos, la última Constitución de la Sudáfrica del apartheid en 1961 se iniciaba con la siguiente invocación: « Nosotros, en humilde sumisión a Dios Todopoderoso que rige el destino de los pueblos y la historia de las naciones; que reunió a nuestros antepasados desde diversas tierras y les dio ésta para ellos; que les ha guiado de generación en generación; que milagrosamente les libró de los peligros que les amenazaban; conscientes de nuestra responsabilidad ante Dios...».

Dios servía de esta manera para simbolizar la autoconciencia que una comunidad tenía de su propio destino y, de paso, para justificar una política no muy acorde con el Dios que «no hace acepción de personas sino que, en toda nación, el que teme a Dios y practica la justicia le es aceptado» (He. 10, 34-35).

Tal experiencia muestra, por sí sola, la peligrosidad de usar el nombre de Dios. Pero, en todo caso, esa simbolización hipostática de la Comunidad política es imposible hoy, cuando la secularización extrema y el pluralismo religioso y no religioso impiden este tipo de simbolizaciones y, de darse, inhiben su capacidad integradora cuando no producen rechazo y confrontación.

Por último, la mención de Dios a la cabeza del ordenamiento jurídico-político estatal podría interpretarse como una apertura a la trascendencia, tanto más valiosa cuanto que la inmanencia es lo que, por definición, caracteriza a la democracia, principio común de la sociedad europea actual. Ante dicha inmanencia, Dios sim-

bolizaría el contrapeso de aquello que, por ser de un orden distinto, supone un último polo de referencia capaz de dar sentido.

Sin embargo, a mi juicio, esta capacidad del símbolo divino en el orden político, no existe en nuestros días. Lo que Buber denominara «El eclipse de Dios», ya se deba a Su silencio o a que «El oyente de la palabra» se encuentra ensordecido, ha erosionado muy mucho la apertura colectiva hacia lo divino. La trascendencia colectiva no puede ser ya vertical; pero la experiencia cotidiana muestra que sí puede ser aún horizontal. Es aquí donde cobra pleno sentido la distinción de J. Wahl entre «tras*as*cendencia» y «tras*des*cencencia». La primera remite al misterio de lo sobrenatural; la segunda remite, en dimensión horizontal, a la naturaleza y a la cultura. Hoy, cuando el gran existencial del vivir-con-los-otros-y-para-los-otros hasta el morir-por-los-otros, esencia de la comunidad política, sigue constituyendo una situación límite a la que es preciso dar un sentido por referencia a algo diferente a la propia inmanencia, es la común historia —pasada— y la afirmación de un destino común —futuro— lo que proporciona una identidad. Las más recientes constituciones de los países de Europa central y oriental, por no citar otros más lejanos, son buenos ejemplos de ello.

Así la Constitución croata de 1990 se fundamenta, a tenor de su Preámbulo en «la creación de los principados croatas en el siglo VII, en el Estado fundado en el siglo IX, en el Reino creado en el siglo X, en su continuidad en la unión personal croato-húngara, en la decisión de la Dieta de 1527 de elegir Rey en la dinastía de los Habsburgo, en la Pragmática Sanción de 1712, en la renovación en 1848, sobre la base de su derecho histórico del Reino unitrino, en los acuerdos croato-húngaros de 1868, en la decisión de la Dieta de 1919, en la constitución del Banato en 1939, en la resistencia antifascista durante la IIª Guerra Mundial, en el rechazo del sistema comunista...», en fin. La Constitución checa se remite en su preámbulo a «las mejores tradiciones de los Países de la Corona de Bohemia y del Estado checoeslovaco» y la reciente Constitución polaca, junto con menciones religiosas, ausentes de los otros ejemplos citados, «recoge las mejores tradiciones de la Primera y Segunda Repúblicas», esto es, las anteriores, respectivamente, al reparto en el siglo XVIII y a la Segunda Guerra Mundial.

Los racionalistas siguen recomendando dietas de historicismo en la política y el derecho, pero la experiencia comparada muestra que las Constituciones con pretensión de normatividad jurídica e integración política se justifican sobre la base de una identidad decantada en el tiempo, cargada de afectividad y, por ello, infungible. Los caracteres que Meinecke señalaba como propios del historicismo y que impregnan el constitucionalismo de nuestros días. A ello dediqué un largo ensayo en los *Anales* de esta misma Real Academia correspondiente al curso 2000-2001.

Los hombres han querido siempre legitimar la vida en comunidad y lo que a ella es inherente, el poder. Pero porque el principio de la democracia es la identidad de gobernantes y gobernados y la consiguiente inmanencia, el problema de la legitimación se vuelve más acuciante. Como expliqué en esta Academia el curso antepasado, el «demos», pese a Habermas, no se explica a sí mismo y los derechos humanos, en trance de universalización, no sirven para identificarlo. Por ello, el hombre político de nuestros días está sediento de justificaciones que no puede encontrar en su propio orden inmanente. Pero, a tenor de las Constituciones de nuestro tiempo, no es Dios, sino su propia historia quien le da la respuesta o, al menos, donde aquél la busca.

Lo dicho podría llevar a los constituyentes nacionales o europeos a mencionar su herencia cristiana o, como es el caso de Gran Bretaña y los países escandinavos a establecer una Iglesia nacional que tiene mucho de «forma superior de vida religiosa» en el sentido de Durkheim. No es otro el significado del anglicanismo político que subrayara nuestro difundo compañero Fueyo Álvarez ni es otro el sentido de la reciente obra de J. Weiler sobre *La Europa Cristiana*. Pero no nos engañemos, se trata de referencias culturales «tras*de*scendentes» y no de la apertura a un Dios «tra*sas*cendente», que es de lo que tratamos aquí. Para un creyente, tales referencias nada tienen que ver con la Fe y se asemeja demasiado al proyecto de templo davídico que tan poco agradaba al Dios que, a la altura de nuestro tiempo, requiere culto «en espíritu y en verdad» (Jo. 4,23).

Sin duda, el Dios que «lo hace todo nuevo» (Is. 43, 39), el que arranca los viejos corazones para dar un corazón de carne (Ez. 11, 19), proporciona al hombre la apertura a un horizonte mucho más prometedor que la memoria de su pasado e incluso que la proyección de su identidad en el futuro. La ruptura vertical es más fecunda para el creyente que la apertura horizontal. Pero eso «no a todos es dado entenderlo» (Mt. 19, 11) y, en consecuencia, no sirve como factor de integración.

¿Quiere esto decir que esa Fe no puede ni debe manifestarse en la esfera pública? En manera alguna, antes al contrario. La integración por la vía constitucional se caracteriza porque configura la comunidad, de manera tal, que crea un orden por concurrencia no sólo político sino público capaz de determinar aquél. La política institucional, que lo es todo en un Estado totalitario, se restringe en el Estado constitucional y se supedita a un espacio público abierto, hasta el punto de haberse considerado que una Constitución abierta excede su texto y se prolonga en un proceso público de permanente discusión y reelaboración de las instituciones y los valores (Häberle). Pues bien, es en ese espacio público vivo y no en la literalidad textual de su marco, donde el creyente está llamado a dar testimonio de su Fe, «no con la boca

y de palabra, sino con obras y de verdad» (1 Jo. 3,18). Tal sería el lugar para la presencia de Dios, la conducta de los cristianos que ofrecen una vida de testimonio sin tratar de imponer nada a nadie. No las siempre invocadas «raíces cristianas», en muchos casos retrotactadas, sino los «frutos» del Espíritu (cfr. I Pe. 2, 12). El derecho, incluido el constitucional, no puede ser para el cristiano un instrumento de protección ni de promoción de su fe y, menos todavía, de privilegio para la misma, sino el marco en que puede proclamarla y practicarla pública y privadamente. No es preciso ni deseable que el derecho les saque del mundo, puesto que es en el mundo donde deben anunciar la Buena Noticia; es a ellos a quienes compete librarse del mal.