

¿UNA POLÉMICA OBSOLETA O UNA CUESTIÓN RECURRENTE?: DERECHO CONSTITUCIONAL VERSUS DERECHO POLÍTICO

PABLO LUCAS VERDÚ

Emérito

Universidad Complutense

I. ACLARACIÓN CONVENIENTE

Mi admirado colega, Óscar Alzaga, me pide que contribuya a la encuesta publicada en su revista «Teoría y realidad constitucional», título significativo, sobre la orientación del Derecho constitucional. Me ruega, y acepto, que sea breve.

Voy a reiterar mi posición sobre el tema.

Hace tiempo (1982) en un artículo que alcanzó cierta difusión en España y en el extranjero, expuse mi crítica al neopositivismo aplicado al Derecho constitucional y mi adhesión a la denominación Derecho político. Posteriormente (1994) insistí en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

II. ¿UNA POLÉMICA OBSOLETA?

Conviene subrayar la importancia de las controversias para aclarar los presupuestos y métodos que configuran al estatuto científico de una disciplina. Cuando tales disputas se desarrollan con rigor y cortesía académicas, el conocimiento científico avanza. Las controversias científicas enriquecen y en alguna medida lo enaltecen. Basta recordar las polémicas entre Laband y von Gierke; Kelsen y Schmitt, Kelsen y Smend. En esta última el autor de la Teoría pura del derecho adoptó un estilo contundente y hasta despreciativo ajeno a su talante personal. En Francia, recordemos las críticas recíprocas entre Duguit y Hauriou que no empañaron su amistad.

En estas polémicas encontramos argumentos, críticas, anticipaciones y reflexiones todavía sugerentes. Por consiguiente, es erróneo sostener que las contraposiciones formalismo-sustancialismo; normativismo-decisionismo; normativismo-iustitucionismo; positivismo tanto formalista como sociológico-iusnaturalismo, relativismo-valores, son agua pasada.

He descrito la lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. Ruego al posible lector que consulte esta obra porque sigo manteniendo que Weimar fue el microcosmos de la cultura política continental europea. Insisto en que no es una apreciación vacía. Entonces se prefiguraron muchas de las cuestiones candentes que atañen a nuestra asignatura.

III. ¿UNA CUESTIÓN RECURRENTE?

Lo es. ¿Por qué? A mi juicio se debe a varias causas, a saber:

a) La explicable tendencia positivista, y neopositivista, a establecer un estatuto científico que independice a nuevas disciplinas.

Esto es claro en la configuración dogmática del Derecho administrativo al desprenderse, con sobradas razones, del Derecho político y del Derecho civil. Es el caso de Otto Mayer, fundador, en Alemania, del Derecho administrativo, en la línea positivista, si bien se apartó de las construcciones de Paul Laband, antiguo profesor de Derecho comercial, pero coincidió con él en suprimir los factores económicos y políticos. Se ha dicho que así como se habla de una filosofía anterior y posterior a Kant, también puede afirmarse que hay una ciencia del Derecho administrativo antes y después de Otto Mayer.

Por otro lado, debe recordarse su rotunda afirmación: «El Derecho constitucional pasa; el Derecho administrativo permanece». Es el orgullo, comprensible, del fundador de la dogmática del Derecho administrativo en Alemania cuyo influjo en Italia es conocido.

La contribución de Mayer fue importantísima. A él se debe el concepto del acto administrativo y de la reserva de ley.

b) Fenómeno parecido se produjo en el ámbito del Derecho procesal cuya construcción dogmática surgió en Alemania y pasó a Italia.

Hace tiempo que se habla del Derecho constitucional procesal y aún de Derecho civil constitucional.

De todo lo anterior se desprende que si se sigue fundamentando, y empleando, el método neopositivista al Derecho constitucional, éste se desustancializa desfigurando la naturaleza de la Constitución *política*, su condicionamiento social y su estimación axiológica patente en los artículos (1.1; 10.1 y 103). De ese modo los derechos humanos pierden su contenido esencial (art. 53) y se orilla el 9.2 en cuanto cláusula de transformación social, en cuanto promueve la condiciones para que la libertad y la igualdad sean más reales y efectivas removiendo los obstáculos que lo impiden.

IV. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DEL DERECHO

Hay que subrayar que la cuestión planteada en la encuesta depende, básicamente, del concepto que se tenga del Derecho y en consecuencia del Derecho constitucional. Es menester comprobar si nuestros constitucionalistas examinan el Derecho desde una óptica neopositivista, formalista, desde una perspectiva sociológica o según una concepción iusnaturalista personalista-comunitaria y crítica, porque el tratamiento de nuestra materia, es obvio, será muy diferente, según se siguiera una u otra de estas direcciones.

Además, hay que considerar el tipo antropológico del investigador de nuestra disciplina o del profesor que la explica. Es verdad que esta afirmación no es estrictamente jurídica pero es evidente que el hallazgo *semántico* de Maquiavelo (el Estado como designación de la estructura política renacentista), el hallazgo *conceptual* de la soberanía del Bodino y el hallazgo *institucional* de la separación de poderes, Montesquieu, (para asegurar los derechos individuales y lograr tener y estar en Constitución), dependen no sólo de las circunstancias en que vivieron, además de su talante personal.

En la misma línea, conviene subrayar que la construcción *geométrica* del orden jurídico de Merkl y Kelsen es respuesta adecuada al caos que ofrecía el ordenamiento jurídico del desaparecido Imperio austrohúngaro. En definitiva, el tipo de corriente doctrinal que se sigue depende, en alguna medida, del tipo de hombre que se sea. Es obvio que el método adoptado por cada autor relevante depende de los maestros que la ilustraron, de sus inclinaciones políticosociales y de su concepción del mundo y de la vida.

V. DERECHO CONSTITUCIONAL Y MÉTODO JURÍDICO

Sobre el método para *construir*, y explicar, el Derecho constitucional las referencias en los tratados y manuales, cuando aquellos lo contemplan, son escasas y a veces triviales, a diferencia de lo que ocurre en Filosofía del derecho y en la Teoría del mismo. Se afirma que el Derecho constitucional es Derecho, evidente obviedad, pero no se dice en qué consiste ese Derecho, porque el formalismo normativista lo desencializa. El Derecho es pura normatividad, las vertientes iusnaturalistas se descuidan, su condicionamiento social se excluye y su justificación valorativa se olvida. Así, estas elaboraciones son una cobertura, más o menos hipócritas, de realidades prepotentes de índole económica y político-social.

Así, el Derecho constitucional positivista y neopositivista enmascaran relaciones de dominación, de enajenación y opresión, olvidando que el Derecho político-constitucional tiene como misión reconocer y asegurar la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político poniéndose al servicio del hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y la paz social. Por eso, la impresionante construcción metodológica de la teoría pura del derecho se forjó, en gran parte, durante la República de Weimar, época

turbulenta. La magna contribución kelseniana evidencia que cuadra mejor con tiempos *tranquilos* y no en momentos de dura y permanente excepcionalidad. No es menester subrayar que las obras del *otro Kelsen* sobre temas políticosociales, históricos, antropológicos y filosóficos-teológicos no se tengan en cuenta. ¿Acaso son una réplica a su metodología pura?

En Italia, desde Orlando, y con su dilecto discípulo Romano, se estableció hasta hoy el llamado *método técnico jurídico*, calificación obvia. No obstante, en Mortati (Constitución en sentido material), en Crisafulli (Teoría del *indirizzo politico*), en Zagrebelski, en Vergottini con su trabajo sobre la oposición política y en otro, recentísimo, sobre las transiciones políticas, se advierte la relevancia que se da a los factores políticosociales. Es menester no huir de la situación real existente. Es decir, el Derecho constitucional está condicionado por las transformaciones drásticas de nuestros días. La Constitución es un sismógrafo que detecta, inmediatamente, los profundos e intensos cambios sociopolíticos. El recto entendimiento del Derecho constitucional exige que responda, adecuadamente, a los desafíos de nuestra época. De lo contrario la Constitución, y su correspondiente estudio, se convertirían en una máscara que si se pone dificulta la visión completa de la realidad y si se quita comprobará su desajuste con esa realidad. La persistencia en el enmascaramiento o el disimulo, son suicidas.

Se me objetará que reproduzco la conocida tesis de Lasalle sobre la esencia de la Constitución cuyos traductores, por razones publicitarias, la titularon con la pregunta que el jurista y político germano planteó ¿Qué es una Constitución?

Precisemos: Claro está que su conferencia trató de desenmascarar la situación políticosocial de Prusia en 1862. Influyó en Jellinek y en Loewenstein en su clasificación de las Constituciones.

Una cosa es que yo sostenga que toda Constitución es política, afirmación que adolece de obviedad, otra que toda Constitución escrita es una expresión ideológica inspirada en valores, sobre el modo de organizar y ejercer el poder político en una sociedad, mediante el reconocimiento y resguardo de la dignidad humana y de sus correspondientes derechos. No admito la objeción de mezcolanza enciclopédica de diversas cuestiones. Me adhiero a lo que hace tiempo mantuvo Jellinek: «Siempre he sostenido –decía– la separación metodológica y la unión científica entre el Derecho constitucional y la política».

VI. ¿DERECHO POLÍTICO O DERECHO CONSTITUCIONAL?

Me interesa subrayar que fui el primero que defendí, (y sigo en esa posición) la denominación Derecho político. Por varias razones:

a) Por respeto a la tradición española. Es una expresión adoptada en varias Universidades iberoamericanas. En Francia se siguen los términos *Droit constitutionnel et institutions politiques* incluso *Droit constitutionnel et Science politique*, en Alemania, aparte de la denominación *Verfassungsrecht*, se usa *Staatsrecht* como es bien sabido.

b) Porque así se tienen en cuenta los factores políticos que condicionan la normatividad constitucional.

Para no extenderme demasiado, por oportuna indicación de mi estimado colega Óscar Alzaga, he omitido las referencias bibliográficas que se oponen a o comparten (algunas con matices) mi posición. Insisto que es una cuestión recurrente, aún más: candente.

Finalmente, otra observación: al explicar la asignatura Derecho constitucional, se comprueba la ignorancia de conocimientos básicos de los alumnos de autores como Maquiavelo, Bodino, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, etc. ¿Cómo tratar temas como Estado - Soberanía - separación de poderes - contrato social sin tenerlos en cuenta?

Es imprescindible estudiar, en primer curso, Teoría del Estado para luego entender el Derecho Constitucional español y comparado.

Estas reflexiones no pretenden atacar a los colegas que no coinciden con mis convicciones –sistematizadas y expuestas desde mi juventud hasta nuestros días–. Respeto las opiniones contrarias. Incluso admito que se me califique de *heterodoxo*. Pero como bien dijo un gran santo: *Oportet esse haereses* para que resplandezca la verdad. Ahora bien ¿qué es y dónde está la ortodoxia?