

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE SU CORRESPONDIENTE MÉTODO

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Verdú *

I. EXPERIENCIA DE UN PROFESOR DE DICHA MATERIA DESPUES DE UN LARGO PERIODO DOCENTE

a) Al redactar este escrito me embarga una mezcla de nostalgia y melancolía. Creo haberlas superado continuando mi dedicación al estudio y con la publicación de varios trabajos.

Esta terapia me rejuvenece. ¿Por qué? El motivo que me impulsa compensa la desilusión que sufrí cuando, como otros colegas, fuimos apartados de la enseñanza por inicua disposición de un ministro, cuyo nombre he olvidado, que nos jubiló anticipadamente años antes de lo dispuesto por normas anteriores, olvidando nuestros derechos adquiridos.

b) He seguido las vicisitudes experimentadas del paso del clásico Derecho Político al vigente Derecho constitucional. No es menester insistir que el Derecho constitucional no puede comprenderse ignorando los conceptos y categorías, aportados por la Teoría del Estado, por sectores importantes de la Ciencia Política y de la Historia de las ideas políticas. Y lo mismo puede decirse de la Teoría de la Constitución que es una parte esencial en la medida que suministra los elementos de la dogmática, las categorías y conceptos para entender las disposiciones fundamentales del Derecho constitucional y sus adecuadas interpretaciones.

* Sesión del día 30 de enero de 2007.

c) Desde mi jubilación, que fue una tribulación, dediqué mucho tiempo al estudio de su problemática tanto nacional como comparada.

II. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE SU CORRESPONDIENTE METODO

Considero que es una técnica sin suficientes aportaciones. Es cierto que en algunos tratados y manuales a veces se dedican escasas e insuficientes líneas a esta cuestión¹.

a) Es curioso observar que excluyendo a Hans Kelsen, los autores positivistas no suelen extenderse en estos temas. En cambio, el maestro austriaco con su "pureza metódica" configuró una obra sistemática, admirable, todavía consultada, aunque las críticas posteriores de Schmitt, Heller, Smend y otros atacaron ciertamente sus afirmaciones. Conviene referirse al "otro Kelsen", pues sin renunciar a su posición normativista abordó con sutiles observaciones temas de índole psicológica, ideológica y del campo de las ideas políticas².

b) El motivo que mueve a otros autores para no detenerse en este asunto relevante a veces consiste en el propósito de no abrumar a los alumnos con disquisiciones epistemológicas que no aprendieron en el bachillerato y son importantes para nuestra asignatura. Para subsanar esta carencia remiten a los profesores de Filosofía del Derecho o de Introducción al mismo que analizan las diversas orientaciones metodológicas: positivismo neokantiano (Kelsen), positivismo sociológico (Duguit), institucionismo de Hauriou y de Santi Romano, fenomenología, axiología jurídica; vuelta al iusnaturalismo renovado.

c) La cuestión estriba en cual es la dirección más conveniente para comprender, cabalmente, la naturaleza, comentarios y finalidades del Derecho constitucional en su conexión con la Teoría del Estado y la Teoría de la Constitución. No obstante nuestra disciplina cuenta con unos conceptos específicos que a veces no son del todo aplicables.

d) La metodología moderna arranca de Descarte (1596-1649), partiendo del principio *Cogito, ergo sum*, método matemático o geométrico. Añadamos

¹ Sin embargo a principios del siglo XX VINCENZO MICELI en sus *Principii di Diritto Costituzionale*. Società Editrice. Libreria Milano 1913 dedicó al método constitucional varias páginas "44 y ss", como veremos más adelante.

² Remito a mi artículo: "El orden normativismo puro. Supuestos culturales y políticos en la obra de HANS KELSEN, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 68, Madrid 1990 págs. 7-93 y "Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución. La Constitución como norma y como integración" en la misma Revista. Madrid, 1994, págs. 23 y ss. En España hay que recordar los escritos de LUIS SÁNCHEZ AGESTA, de FRANCISCO JAVIER CONDE y de otros que reproducen, o amplían, sus memorias presentadas en sus oposiciones para obtener la cátedra.

Malebranche (1638-1775), a Locke (1632-1704), en el ámbito político, influido por Descartes, por Berkeley (1685-1753) y en definitiva por Kant (1724-1804) y Hegel (1770-1753), con su método dialéctico.

En la actualidad postmoderna es menester referirse a las aportaciones de Heidegger y a su discípulo Gadamer y sus seguidores.

e) Como es sabido el método seguido por Kelsen procede del neokantismo influido por su maestro de la Universidad de Marburgo Hermann Cohen (1842-1918).³

Suelo insistir en que el método seguido por cada autor depende del tipo de hombre que lo adopta, de su formación académica, de los maestros que le educaron; cumpliendo, o discrepando sus tesis; influido por su entorno político y social; por sus convicciones ideológicas y o religiosas o escépticas. Acaso con alguna simplificación, el método que sigo en mis enseñanzas y escritos es forzándome en ser claro y respetando siempre las convicciones de mis alumnos.

f) ¿Hay un método único, universal, para dominar el Derecho constitucional? La respuesta no es exclusiva. Es cierto que ciertas posiciones metodológicas predominan durante algún tiempo. Ahora bien hay que tener en cuenta que, por ejemplo, el método interpretativo del constitucionalismo británico no coincide plenamente con el europeo continental, ni por supuesto con el utilizado por los juristas de otras latitudes. En este sentido los especialistas en el Derecho constitucional comparado están obligados a considerar tales diferencias. No es exactamente igual, aunque sus propósitos sean coincidentes, el *rule of law* y el *Rechtsstaat* continental. Además a lo largo del desarrollo de los ordenamientos fundamentales han surgido escuelas diferentes que mantuvieron o conservaron puntos de vista distintos sobre los conceptos e instituciones de unos u otros países: escuela de la exégesis, positivismo formalista, sociológico; escuela libre del Derecho; institucionalismo de Hauriou y de Romano no del todo coincidentes; decisionismo de Carl Schmitt, integracionismo de Smend, influjo fenomenológico; tridimensionalismo de Miguel Reale, estructuralismo iusnaturalismos, culturalismo de Häberle y consideración axiológica, etc.

³ Remito a las páginas sugestivas de CARLO GALLI, sobre este maestro Cfr, su "Genealogía della política, Carl Schmitt y la crisis del pensamiento político moderno", Il Molino, Bologna 1996 págs. 248-302. Escribe que el Derecho para Kelsen es forma pura en su propia inmediatez, pág. 299. La bibliografía sobre este tema es copiosa. Me limito a citar estos escritos: ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, "Metodología del derecho", Editorial de Derecho privado, Madrid, 1945. KARL LARENZ, "Metodología de la ciencia del Derecho", traducción de mi admirado discípulo Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona. No hay que olvidar al filósofo recientemente fallecido, discípulo de Heidegger, HANS GADAMER, "Verdad y Método Fundamentos de una hermenéutica filosófica" (trad. de Ana Aguado Aparicio y Rafael de Agapito), Ediciones Sígueme, Salamanca, 1984. Interesa sus consideraciones sobre la interpretación. En notas sucesivas citaré otras obras sobre el método.

g) ¿Cuál es la dirección metodológica que debemos seguir? Insisto que esto depende del tipo de investigador que se sea. Conviene añadir que está inspirada por los maestros del discente, en la medida que recibe de aquel las reglas para comprender las normas constitucionales, sus fundamentos, su interpretación sin olvidar las bases sociopolíticas que les apoyan y/o influyen.

b) Esto no significa que la adhesión cordial y ejemplar a los maestros han de ser absolutas porque su reconocimiento no ha de confundirse con una continua identificación científica total. Si así fuera entonces su trabajo y especialización fracasarían. La Ciencia del Derecho no es una simple repetición. Avanza continuamente.

Esto no significa que los discípulos no puedan inscribirse a la dirección científica de sus maestros. Basta recordar la famosa Escuela de Viena capitaneada por Kelsen, pues como es sabido sus discípulos Verdross, Kunz y otros, modificaron la posición de aquel sobre las relaciones entre el Derecho interno de cada país con el Derecho internacional y la primacía de este último respecto a la continuidad del Estado, cualquiera que fuese su régimen político, para responder de sus obligaciones contraídas con otros Estados. Ejemplo de la URSS frente a Gran Bretaña después de la Guerra Mundial.

i) La Escuela de Viena fue un autentico hogar intelectual tanto por su carácter interdisciplinario (Filosofía de Derecho, Teoría del Estado, Derecho constitucional, Derecho administrativo y Derecho internacional), que llega a nuestros días, así como por la altura intelectual de sus componentes.

j) Cabe la posibilidad que algún alumno distinguido tal vez porque es licenciado en otra facultad quiera ampliar sus conocimientos y pregunte; Profesor: ¿"Cuál es su posición metodológica que sigue en sus explicaciones"? Es posible que esta interrogación sé de pocas veces pero puede ocurrir. Acaso podría sorprenderle e incluso molestarle. La presumible experiencia de su docente podría ser así: "Me satisface su interés por plantearme esa pregunta. Si recuerda los autores importantes que menciono adhiriéndome a sus argumentaciones puede satisfacerle".

En lugar de molestarle deberá considerarla sea para corroborar su posición y en algún caso esforzarse para mejorar su enseñanza. Serviría en todo caso, si la cuestión que le plantea es oportuna sea como un acicate.

Cabe la posibilidad que esa interrogación es impertinente sea porque no tiene consistencia o tal vez porque el alumno que la plantea es prudente. La prudencia debe ser, en este caso, una exigencia indispensable.

III. APLICACIÓN AL MÉTODO CONSTITUCIONAL SEGÚN UNA CONCEPCION DEL MUNDO Y DE LA VIDA

1. Método y concepción del mundo y de la vida

a) Ante todo hay que subrayar que nuestra disciplina corresponde a la Ciencia cultural que pretende realizar valores superiores en la sociedad (artículo 1,1 de nuestra Constitución). Es decir, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Esta dimensión axiológica la corrobora el artículo 10,1 de nuestra Constitución.

La enumeración indicada significa que en primer lugar se afirma la libertad como rechazo del régimen franquista que no la reconocía. En segundo lugar aparece la justicia porque rechaza la libertad de solo un partido, el Movimiento Nacional y la extiende, en cambio, a toda la ciudadanía sin distinciones sociales, políticas o económicas. En tercer lugar la justicia que cumple el objetivo anterior pero al mismo tiempo evita considerar a la sociedad como un rebaño sin distinguir las cualidades de cada ciudadano mejores o peores. Por último se refiere al pluralismo político, a la existencia de corrientes políticas diferentes, de los grupos intermedios entre el Estado y la Sociedad en la medida que esta última limita los posibles excesos del Estado –aparato en contra del Estado– sociedad.

b) Un examen más detenido de esta cuestión manifiesta que los tres primeros (libertad, justicia e igualdad), son reflejos de un iusnaturalismo personalista, comunitario, crítico de las injusticias sociopolíticas y económicas. En cambio el pluralismo social, es característico de la democracia euroatlántica, es decir es una concepción del mundo y de la vida ciertamente no ajena a la *Weltanschauung* actual, a nuestra cosmovisión que no contradice los valores anteriores en la medida que los concreta *hic et nunc* en la realidad social.

Los primeros fueron enunciados por la sabiduría romana: “Los preceptos del Derecho son: vivir honradamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo”. Corresponden inmediatamente a los valores en tanto que el pluralismo es una consecuencia coherente con los anteriores que se concretan en un aceptable modo de vida social.

c) Es sabido que el iusnaturalismo es rechazado por las corrientes positivistas en sus diversas manifestaciones sea porque se le considera como un recuerdo superado, sea porque no cuadra con la certeza y seguridad jurídicas o porque arranca de Teologías ajenas a la mentalidad postmoderna en la que predomina la posición agnóstica, escéptica o relativista.

En definitiva la mentalidad del jurista estricto es ajena a cualquier credencial suprapositiva. Recordemos la exclamación de Alberico Gentile (1552-1698): "*Silete theologi in munere alieno*". Así, pues, la posición de este autor, que fue profesor en la Universidad de Oxford, jurista cultivador del Derecho internacional, anticipa el modernismo distinguiéndose como especialista en Derecho Internacional.

d) Al hilo de esta cuestión puede replantearse este interrogante: ¿Hasta qué punto puede un profesor imponer su concepción del mundo y de la vida a sus alumnos? ¿Cabe la posibilidad de sustituir un conocimiento aséptico, un método *científico* pero por una creencia *metajurídica*? Mi respuesta es esta: depende del concepto de ciencia que se mantenga y sobre todo de lo que se entienda por conciencia. Trátase del conocido conflicto entre Religión y Ciencia intensificado por los descubrimientos en el campo de la Antropología, de la Física, Química y Medicina con sus hallazgos e inventos prodigiosos, aunque aquí se plantean cuestiones éticas íntimamente relacionadas con la dignidad humana en los que no voy a entrar ahora.

e) Conviene recordar la aportación hispana al Derecho internacional basándose en postulados iusnaturalistas. Como es bien sabido su contribución fue renovadora. Señalemos, entre otros muchos, el pensamiento innovador de Vitoria, Melchor Cano, Suárez cuyo influjo en Grocio es sobradamente conocido. Los alumnos que comenzaron sus estudios de primer curso sin duda aprendieron su contribución decisiva al Derecho Internacional.

2. Concepción del mundo, de la vida y Derechos Humanos

a) Hace tiempo que el profesor de la Universidad de Könisberg, Albert Hensel en su: *Grundrechte und politische Weltanschauung* Verlag von J.C.B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen 1931, se ocupó de este asunto.

Consideró que todo sistema de los Derechos fundamentales requiere ajustarse a este postulado, a saber: armonizando las decisiones fundamentales con una determinada concepción del mundo y de la vida política, configurando una unidad sin contradicciones. Dicha unidad es valorativa.

El legislador se vincula a decisiones axiológicas que han de respaldar los interpretes de la Constitución.

b) Sin duda alguna la posición de Hensel mantenida escasos años antes de la ocupación de poder por Hitler, es sugestiva. Además implica una contraposición al positivismo jurídico predominante en la Republica de Weimar.

3. Por otro lado el maestro que dirige, por ejemplo una tesis doctoral ha de mostrar cierta consideración para no desalentar ¡Adelante no se preocupe! Esto nos ha sucedido a muchos. Así, el doctorando podrá recobrar su ilusión de modo que continuará su tarea.

a) Conviene advertir que la mayoría de los alumnos no sienten vocación docente de modo que prefieren estudiar para obtener puestos en los que no es necesario ampliar conocimientos pues no son indispensables para tener éxito en concursos y oposiciones importantes.

No obstante la consulta de otros manuales o tratados es conveniente sea para aclarar, o ampliar, conceptos que dado el relativo periodo escolar no fueron expuestos en las clases teóricas y practicas. No bastan los apuntes tomados en clase. El contacto con otros libros les favorecerá. Así se adiestrarán por ejemplo en escribir correctamente los nombres de los autores importantes a aplicar los datos históricos, los de Derecho comparado, la jurisprudencia más reciente en el caso de que los textos recomendados se hayan agotado o no están al día.

b) A mi entender la expresión más significativa del positivismo jurídico aplicada a nuestra disciplina se debe a Paul Laband en su obra *Staatsrecht des deutschen Reich Neudruck des Auflage*, 1911. Prólogo pág. 31. Edición fotomecánica de *Scientia*, Verlag Aalen 1964.

Según el llamado jurista oficial del Imperio alemán: “La tarea científica de la dogmática de un determinado derecho positivo estriba en la construcción de los institutos jurídicos en la reconducción de los preceptos jurídicos particulares y, por otro lado, en inferir de estos conceptos las consecuencias correspondientes. Para resolver esta tarea no hay otro medio que la lógica que no puede para este fin sustituirse. Todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas, por muy valiosas que sean, carecen de importancia para la dogmática de un material jurídico concreto y solo sirven, a menudo, para ocultar la falta de un trabajo constructivo”.

Este texto, emblemático anticipa, como es sabido, la posición de Hans Kelsen con su tesis de la pureza metódica.

La tesis metodológica mantenida por Laband corresponde al *quietismo* político del Reich alemán en su victoria, tras la guerra entre Prusia y Francia y el establecimiento de la política de Bismarck. La Alemania victoriosa de entonces satisfizo el patriotismo. El pueblo era feliz. Incluso el acuerdo entre Lassalle y Bismarck reconociendo este último, los sindicatos de trabajadores germanos y estableciendo un sistema de seguridad social de modo que tal vez con un sentido, algo irónico, se calificó al *Reich* de social. Además mantuvo una estabilidad política hasta que después de la primera guerra mundial, el edificio político-social se derrumbó.

La Alemania de entonces no pudo resistir el pacto de Versalles de modo que la descomposición económica, social y política, la inestabilidad del régimen republicano a pesar de la ingeniería constitucional de los autores que inspiraron la famosa Constitución de Weimar, fue incapaz de resolver los problemas de la contraposición entre liberales, socialistas y comunistas, la crisis económica catastrófica abrió el camino al *III Reich*.

c) Otra cuestión que considero relevante estriba en que el método constitucional y la interpretación de las normas fundamentales depende de la ideología y de la estructura institucional del tipo de Estado. Quiero decir, que la metodología aplicable al Estado liberal de derecho se apoyó en una cosmovisión individualista propia de un Estado no intervencionista en las cuestiones económicas, es decir en el postulado del *laissez faire* y en la llamada *mano invisible* que de modo misterioso resolvía las injusticias socioeconómicas, mientras el Estado social de Derecho fomenta la acción estatal para corregir, con mayor o menor eficacia, los desajustes e injusticias del liberalismo estatal.

Nuestra Constitución añade a la expresión Estado social de Derecho la calificación democrática. Ello significa una participación más activa del pueblo en la política de desarrollo de los derechos socioeconómicos ya apuntados en la Constitución de Weimar y antes en la de México. Aunque ciertamente esta expresión es significativa, el ideal que le inspira no se ha conseguido eficazmente. Basta mencionar el artículo 53,3 de nuestra vigente Constitución para comprobar que esa calificación se entorpece, o no se logra en la medida que se remite a las *calendas graecas*. Incluso la llamada globalización ¿acaso no oculta, o dificulta, dicha meta? ¿Significa esto el cambio del método y de la interpretación aplicada?

Es evidente la capital importancia del Tribunal Constitucional y de su jurisprudencia en cuanto máximo interprete de la Carta Fundamental pero, con independencia de que sus criterios pueden –y de hecho, lo hacen– variar con el paso del tiempo cierto que se fijan solamente en los supuestos en que los sujetos legitimados para hacerla acuden al Tribunal, y en el marco de una cuestión litigiosa. Por eso, la doctrina contenida en las sentencias no siempre es susceptible de generalización y, en todo caso, no se construye de modo sistemático, aunque los autores ensayen su reconstrucción en tal clave.

El profesor Lucas Murillo de la Cueva se apoya en lo que escribe el profesor Pedro de Vega. “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en el Derecho Constitucional en “Teoría y realidad constitucional”, nº 1998, págs. 85-86: “... la exclusivista y ambiciosa pretensión de reducir y concentrar en la jurisprudencia constitucional toda la problemática de la teoría constitucional, a lo que conduce, realmente, es a la distorsión y al abandono de las cuestiones capitales del derecho público, en torno a los cuales giraron las grandes polémicas en

el pasado, y que, por no haber sido resueltas definitivamente entonces, siguen sin resolverse en la actualidad”.

Dicho profesor añade: “Comparto, pues, las opiniones que sostienen la necesidad de no reducir a la faceta aplicativa jurisdiccional el sentido del Derecho Constitucional y que abogan por el contrario, a favor de su consideración como “Derecho de la Constitución” entendida como norma fundamental del Estado, cuya cualidad consiste en sustituir a la comunidad política”. Aquí Lucas Murillo de la Cueva se adhiere a la Tesis de Ángel Garrorena Morales, en su escrito: “Cuatro tesis y un colonario sobre el Derecho Constitucional” en “Revista Española de Derecho Constitucional” Nº 51/1997 págs 40 y siguientes.

4. OBSERVACIONES SOBRE EL MÉTODO CONSTITUCIONAL

a) ¿Qué es el método?

De entrada hay que decir que como subrayó Javoleno, toda definición en el derecho civil es peligrosa pues poco hay que no puede cambiarse.

Aunque esta afirmación versa sobre el derecho civil, cabe aplicarla al Derecho constitucional. Es así porque en este la realidad sociopolítica que la condiciona es más fluida y del mismo modo las corrientes ideológicas deparan posiciones diferentes?⁴

b) Los cambios políticos, económicos, tecnológicos repercuten sobre los conceptos más o menos duraderos establecidos por una dogmática jurídica que se considera permanente. Esto ha sucedido y continuará. La realidad jurídica es mudable. Sí, pues el método y la interpretación de las normas e instituciones evolucionan, se transforman. Por consiguiente el método y la interpretación constitucionales no son permanentes.

c) Ocurre que lo que se consideró durante tiempo *realidad virtual* se convierte en *realidad efectiva* y esto repercute en el método anteriormente empleado. Como dice Pierre Levy⁵. “Lo virtual *tiende* a actualizarse, aunque no se concretiza de un modo efectivo o formal. El árbol está virtualmente presente en la semilla. Con todo rigor filosófico, lo virtual no se opone a lo real, sino a lo actual: “virtualidad y actualidad son sólo dos maneras de ser diferentes”.

⁴ Sobre esto Cfr, ANDREA BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice civile Giuffrè*, Milano 1977 *passim*. Algunas de sus consideraciones pueden aplicarse, *servanta distantia*, al Derecho constitucional.

⁵ PIERRE LEVY, “Qué es lo virtual” (trad. del mismo, Barcelona - Buenos Aires - México), 1999, pág. 17.

Esta distinción, advierte Levy, ya se planteó en la escolástica tomándola de la filosofía de Aristóteles: el paso del ser a la potencia y al ser en acto. Si no me equivoco así como la virtualidad deviene realidad ¿es posible que esta última retorne a la virtualidad?, y así sucesivamente. Si recordamos la clasificación de las formas políticas según el Estagirita en puras e impuras, siguiendo una secuencia lineal: Monarquía-Aristocracia-Tiranía-demagogia, para volver a la Monarquía, dicha serie es más bien rígida. En cambio Gianbatista Vico, genial napolitano (1668-1744), contrario al pensamiento de Descartes, en sus "Principios de una ciencia nueva acerca de la naturaleza común de las naciones", el esquema aristotélico lineal de la evolución de la morfología política, sostendría una evolución en espiral de modo que no siempre la monarquía es sustituida, forzosamente por la aristocracia alternando las formas puras con las impuras sino que expondrá una secuencia en espiral, es decir la Monarquía puede sustituirse por la democracia y esta otra vez por la forma monárquica, etc. Así insisto, la circularidad consiste en la alternancia entre formas puras e impuras siempre.

Los conocimientos filosóficos e históricos más modernos del napolitano fueron notables pues para él existe una conexión estrecha entre la Historia y la Filosofía. Ello supone un acercamiento más real a la modernidad político-social.

d) Si nos detenemos ahora, de nuevo, en la conexión entre el Derecho constitucional, la realidad virtual y la realidad efectiva, desde el enfoque metodológico me apoyo en lo que sostiene el profesor Lucas Murillo de la Cueva en relación con la jurisprudencia constitucional.

e) Salvo excepciones los alumnos de primer curso son adolescentes. Han transitado desde la segunda enseñanza a la superior. El paso de los institutos y colegios, a la Facultad les provoca una mezcla de curiosidad y despiste, sobre todo a quienes no adquirieron una dosis apreciable de conocimientos en Humanidades.

Consideran que han cambiado una etapa más o menos de responsabilidad a otra de libertad mal comprendida. Mi experiencia docente, que corroboran mis colegas, comprueba que las alumnas están más interesadas asisten a las clases y en alguna media obtienen calificaciones superiores a las de sus compañeros masculinos. Escuchan, con atención, las explicaciones de los profesores. Razones biológicas y educacionales corroboran lo que escribo.

En segundo curso los alumnos han madurado suficientemente. Comienzan a prestar mayor atención e interés y al final de la clase algunos plantean cuestiones o preguntas relativas al tema expuesto. La asistencia a las clases de las alumnas suele ser más frecuente que la de sus compañeros.

f) Esto plantea la cuestión de las relaciones entre el alumnado y el profesor. Es obvio que han de ser fluidas manteniéndose la cortesía académica.

Quiero decir que alguna de sus consultas son irrelevantes. Por ejemplo: "Profesor yo no puedo asistir a las lecciones por que trabajo pero me darán una copia de los apuntes o estudiare en casa". Pueden darse casos comprensibles aunque pocos. Olvidan que existen Facultades de Derecho en la Universidad a Distancia.

Las interrelaciones alumnos-profesor pueden ser útiles para todos. A veces, algunas de las preguntas son acertadas. Tal vez se deban a que el maestro las expuso con alguna oscuridad o no tuvo en cuenta el nivel intelectual de los alumnos. Es importante la consulta de manuales, introducciones y videos mecánicos, que ayudan a los alumnos más interesados en otras materias sea porque su orientación, al terminar la licenciatura, apunta a oposiciones cuyos programas versan menos sobre temas constitucionales, o porque el profesor elegido, cuando hay varios, son menos exigentes, y por último aunque el catedrático que imparte es reconocido por su prestigio y cualidad didáctica sospechan que sus ayudantes y/o colaboradores son muy exigentes y corrigen sus exámenes?⁶

Cosa distinta es si algunos alumnos se matricularon en nuestra Facultad por varios motivos, a saber, por consejo familiar: sus padres, hermanos o amigos les aconsejaron; porque algunos de ellos ejercían la abogacía porque contaban con un bufete acreditado o por tradición familiar, por ejemplo son diplomáticos de carrera y dominan uno o más idiomas; porque la licenciatura esta abierta a muchas opciones. Son hasta cierto punto, decisiones admisibles.

Ahora bien. La opción de quien inicia la enseñanza del Derecho ha de adoptarse con responsabilidad. Es menester tener *vocación personal*. No hay que olvidar el hecho palmario que nuestra sociedad esta llena de licenciados juristas. Empero depende del apoyo familiar no desesperar. Con paciencia, con tenacidad, es posible alcanzar la meta.

5. ¿Qué método deberemos elegir?

a) La respuesta a esta pregunta merece plantearse. Hay que descartar algunos estudios de nuestra disciplina que dada su brevedad y además movidos por el deseo de no ampliar su argumentación, máxime teniendo en cuenta la biso-

⁶ Conviene advertir que el uso de los apuntes, cuando datan de tiempos ya pasados, son un error porque las lecciones magistrales añaden nuevos conceptos, se extienden sobre otros nuevos que pueden plantearse en los exámenes parciales y finales. Conviene añadir que tales manuscritos son intransferibles. Es posible que solo los entiendan quienes los transcribieron. Cosa distinta es que se distribuyan la tarea entre varios compañeros de estudio. Por ejemplo: uno se dedica a tomarlos al profesor de derecho romano, otro de Historia del derecho. No obstante pueden servir a esa tarea la consulta de otros escritos sucintos. Cfr, por ejemplo "Prontuario de Derecho constitucional", compilado por quien escribe con la colaboración de otros autores. Ediciones Gomares Granada 1996. Contiene bibliografía sucinta y la jurisprudencia correspondiente. Remito a los artículos comentados por mis discípulos. Entre ellos el catedrático Raúl Canosa.

ñez de los estudiantes, así como su carencia de conocimientos filosóficos y culturales, optan por aligerar sus trabajos.

Es bien sabido que su adolescencia física y mental impiden a veces su aprendizaje.

b) Es posible que el influjo de sus maestros y de sus referencias a autores y textos preocupados por esta cuestión subsanen el problema. Hay que añadir que algunos alumnos, influidos por sus padres, les recomienden el estudio de determinadas materias registradores de la propiedad, de judicatura, abogacía, etc., salidas en las cuales las materias históricas, filosóficas, sociopolíticas son escasas. Esto no significa que tales aspirantes sean incultos puesto que hay muchas excepciones.

c) Está claro que el método empleado depende del tipo humano que sea. En este sentido la vocación profesional impulsa a dedicarse más a determinadas materias en la medida que satisfacen sus inclinaciones. Ahora bien, dicha vocación va madurando conforme se avanza en el curso de la carrera.

La llamada a esta u otra profesión se va incrementando mediante la lectura, las reflexiones y la dedicación continuada. Hay que insistir en el ejemplo que den los profesores que más les impresionan. Así, pues, es posible que cuando se avanza en la licenciatura cambien sus propósitos iniciales. De todos modos el aprendizaje de conocimientos culturales y de los valores que los anima, perfecciona el conocimiento de otras disciplinas.

No olvidemos la clásica definición de la Jurisprudencia de Ulpiano: "Conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia que distingue lo justo de lo injusto".

d) Hay que precaverse ante una posible y criticable inflación de las consideraciones metodológicas en el derecho constitucional. Si esto ocurriera la perspectiva de nuestra disciplina y la configuración de la Teoría de la Constitución se oscurecerían.

e) En conexión directa con esta cuestión hay que examinar su estrecha relación con la interpretación de las normas constitucionales. No hay que olvidar el artículo 3 del Código civil que es materialmente constitucional. En efecto establece: los criterios clásicos de la interpretación gramatical, sintáctica, los precedentes legislativos y añade el *espíritu* que les anima y considerando la *realidad social* del tiempo en que han de aplicarse.

Los términos *espíritu* y *realidad social* suponen una consideración sustancial que supera la exégesis formalista y positivista.

Este precepto es materialmente constitucional. En efecto, la Carta Fundamental no contempla las reglas interpretadoras ni las fuentes del derecho porque entonces sería un texto larguísimo. No hay que olvidar que no siempre las Constituciones insertan en su texto tales reglas. Así, pues, el Título Preliminar del Código Civil es constitucional. No hay que olvidar que no toda Constitución siempre contiene preceptos fundamentales. Recordemos el artículo 6 de la Constitución gaditana, ni toda la materia constitucional aparece en la Ley Mayor.

f) Por otro lado toda posición metodológica exige un suficiente conocimiento de las cuestiones capitales de la Teoría de la Constitución. Dicho de otro modo: El esfuerzo metódico es un punto de partida imprescindible para calcular cual es nuestro propósito intelectual para sistematizar los contenidos que deseamos comprender. Ello exige la coherencia entre la actitud metódica y el plexo constitucional.

g) Dicho de otro modo el método constitucional es una comprensión de los contenidos capitales del Derecho constitucional. Aquí juegan papel importante tanto la imaginación como el sentimiento constitucional. Remito a mis monografías que estudian estos aspectos.

h) A mi juicio el método para comprender los contenidos del ordenamiento han variado siguiendo diversas tendencias filosóficas y sociológicas, a saber: la Escuela francesa de la exégesis como interpretación formalista según el sentido de las palabras y con limitación del poder judicial que ha de atenerse al significado lingüístico de modo estricto y con referencia al legislativo en casos de dudas reenviando al legislativo el (*referé legislatif*) como solución o bien ajustándose al positivismo jurídico: la ley es la ley sin tener en cuenta el *Derecho*, o al positivismo sociológico mantenido por León Duguit y otros. No hay que olvidar la posición de la Escuela libre del Derecho mantenida en Alemania, que concede al poder judicial más libertad en la interpretación de las normas jurídicas hasta y después al influjo de los valores superiores del ordenamiento constitucional como apareció en Alemania con el influjo de Max Scheler y sus seguidores, que en nuestros días puede basarse en los preceptos sobre la dignidad del hombre y la supremacía de los derechos que le son inherentes.

i) En conexión con esta posición hay que mencionar la vuelta al iusnaturalismo personalista, comunitario y crítico, inspirado en valores superiores al ordenamiento y además es obligado tener en cuenta la realidad social.

j) En cuanto al método que debe seguir el aspirante a la enseñanza de nuestra disciplina, conviene insistir en que depende del tipo humano que investiga. En ese caso tanto la asepsia metodológica como la acumulación de datos y elementos diversos que le inspiran han de mantener prudencia porque no se trata de

una heterogénea mezcolanza sino de una exposición y argumentación coherentes sin contradicciones.

En esta línea el tridimensionalismo del eminente profesor brasileño Miguel Reale, nos parece una referencia obligada y fácilmente comprensible cuando se refiere a la conexión entre las investigaciones normativa, social y axiológica. Conviene advertir que esta posición parece una afirmación trivial. No es así puesto que si la consideramos con atención es un esfuerzo estimable capaz de resolver, si se aplica bien, muchos problemas. Me remito a la monografía de la doctora María del Carmen Murillo de la Cueva y Lerdo de Tejada: "En torno al tridimensionalismo jurídico", Dykinson, Madrid, 1997.

k) Sería absurdo adoptar una metodología sin conocer de antemano, por lo menos, los contenidos capitales del objeto y finalidad a los que se encamina el objeto de su investigación.

Una metodología que ignorase o percibiera escasamente el contenido de la cuestión para comprenderlos sería absurda. ¡Estaríamos, aunque parezca sorprendente, ante una sedicente metodología sin método!

l) No es menester insistir en que la orientación metodológica del doctorando ha de adoptarse aconsejándole su director. Este puede indicarle las diversas corrientes sobre la cuestión y señalarle sus ventajas e inconvenientes por su mayor experiencia respetando la inicial posición del aspirante. Así se esquivan errores graves.

m) Hay que añadir que la supremacía de la Constitución y el examen de constitucionalidad de las leyes es la connotación normativa-institucional de un Estado de Derecho (artículo 9,1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Cfr, Ley 19 (1979) de 3 de octubre reguladora, del conocimiento del ordenamiento constitucional en el bachillerato y en la formación profesional del primer grado (BOE número 240 de 6 de octubre de 1979 y S.T.C. 15, 1982 de 28 de abril y 18/ 1982 de 20 de diciembre.

Sin la supremacía de la Constitución, inspirada en valores, no existen ciudadanos sino súbditos y tampoco es posible un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1,1 C.E.).

En definitiva, una auténtica Constitución, escrita o consuetudinaria como la británica, es una *prius* lógico, ontológico y deontológico que se impone a un Estado restringiendo su *poderosidad*, es decir racionalizándola, conforme a los valores que la legitiman y al reconocimiento de la dignidad humana que basa todos los derechos que de ella se deducen.

6. El derecho constitucional euroatlántico como reconocedor y defensor de la libertad se impone a su correspondiente enseñanza

a) La enseñanza del derecho constitucional es incompatible con la posición absoluta del positivismo ajustada a un método arcaico como, por ejemplo mantuvo, en el campo del derecho privado, el francés Bougnet que afirmó a sus alumnos: "No les voy a explicar el derecho civil, sino el Código de Napoleón". Esta tesis puede explicarse por su admiración entusiasta a dicho Código pero es inaceptable, porque mantiene una posición estrechamente exegética que olvida o rechaza los principios que le inspira.

b) Cosa distinta es si el Código civil napoleónico al subsistir a pesar de los cambios políticos-constitucionales hasta la actualidad, cumplió una función sustitutoria de la Constitución, especie de Constitución material claro está que parcialmente en cuanto versa, como el Código civil español, sobre relaciones de derecho privado.

Aquí la idea y el derecho civil permanecen, el derecho constitucional pasa, paralelo a la afirmación de Mayer: el derecho administrativo permanece, el derecho constitucional pasa, son afirmaciones voluntaristas que convendría precisar.

c) Hay que subrayar que el derecho constitucional euroatlántico a pesar de las dictaduras, de las luchas internas por apoderarse del Estado y de los instrumentos de que dispone, está latente y en el mejor de los casos vigente.

d) Puede comprobarse que a pesar de las guerrillas, golpes de Estado y tergiversaciones del orden constitucional, existe una conciencia entre los intelectuales, profesores y estudiantes que cuadra con el sentimiento constitucional. Consiste en la adhesión sincera a los valores, instituciones y comportamientos que inspiran a un autentico orden constitucional.

IV. INTERDEPENDENCIA DISCIPLINAR: TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DERECHO CONSTITUCIONAL

1. El término disciplina docente

a) Disciplina quiere decir, en latín entre otras acepciones instrucción, *enseñanza*, estudios, *método*, *sistema*, educación, formación, organización, *Constitución política*, etc.

b) No hay que olvidar que la disciplina es un concepto capital en la organización, funcionamiento y objetivos de las Fuerzas Armadas, orientadas a la

preparación moral y física indispensables para garantizar la soberanía e independencia de España y defender su integridad territorial y el ordenamiento jurídico (artículo 8,1)⁷.

c) Hay que insistir que el profesor imparte sus lecciones, sobre todo en el primer curso, a un alumnado principalmente joven. Por ello, sin renunciar a su concepción del mundo y de la vida y a sus creencias o increencias, debe ser respetuoso de las convicciones de sus discípulos, así como estos con las suyas y las de sus compañeros.

d) Por último, las consideraciones metodológicas no han de ocupar mucho tiempo restándole a las lecciones que estudian las normas e instituciones siguiendo su programa. El abuso de la metodología puede restar tiempo a la exposición doctrinal.

Sería preferible reservar a las clases del doctorado las consideraciones metodológicas pues los doctorandos en alguna medida, cuentan con preparación suficiente para su comprensión. Además en los coloquios correspondientes se aclaran mejor las dificultades.

2. Método e investigación científica

a) El método y la investigación son correlativos. Toda investigación requiere un método de lo contrario la primera sería una acumulación de datos sin conexión lógica, sin rigor científico. Es claro que incumbe, principalmente, a los docentes y a los discentes. Esto se comprueba con los trabajos que presentan al profesor para mejorar su calificación. Carecen de información bibliográfica suficiente o son reproducciones de artículos publicados en enciclopedias o en escasos trabajos sobre la cuestión.

Como escribe el profesor Pablo Lucas Murillo de la Cueva: "... es de la investigación de donde proceden los conocimientos que luego se transmiten a los alumnos al explicar las diferentes asignaturas. Si no se hiciera así, la actividad del universitario perdería su razón de ser porque se transformaría en una labor acústica de mera repetición de puntos comunes".

El mismo autor añade que el constitucionalista: "... ha de estar atento permanentemente a la realidad social, a la efectividad de las normas e instituciones

⁷ Cfr, Reales Ordenanzas. Edición de los Talleres del Servicio Geográfico del Ejército de 30 de mayo de 1979. Artículos diez, once y veinticinco.

constitucionales. A esa tensión norma-realidad que es consustancial al fenómeno jurídico. El Derecho nace del hecho: "*ex facto oritur ius*" y "Las normas e instituciones jurídicas entre ellas las constitucionales-nacen de la realidad con una vocación ordenadora de esa misma realidad de la que brotan, pero ese cometido sólo se conseguirá si no se alejan de las exigencias que ésta plantea" (tomo estas afirmaciones de un trabajo inédito de dicho profesor).

b) El término investigación en latín se denomina *scrütur* y significa examinar cuidadosamente (*locos ex quibus argumenta ernamos* o sea: estudiar los tópicos para extraer de ellos argumentaciones retóricas. Advertimos que aquí tópicos no se entiende en sentido medico, tampoco como lugar común que puede considerarse como vulgaridad.

c) El ejercicio investigador exige constante dedicación. Es cierto que al principio resulta fatigoso aunque con su ejercicio depara sorpresas: unas veces no muy gratas y otras satisfactorias. Quiero decir que los inicios desilusionan porque topamos con una idea o argumentación que creíamos era nuestra pero un autor de renombre ya la anticipó con mayor rigor. Esto es frecuente en los principiantes. Sin embargo deberíamos congratularnos porque lo que creíamos propio antes lo consideró un maestro indiscutible. Esto significa que vamos por un buen camino.

V. EL ESTATUTO CIENTÍFICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL REQUIERE UN METODO CONFORME CON LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

1. ¿El método es un recurso instrumental o es una teorización independiente?

El interrogante anterior me parece que tiene interés. ¿Por qué? Todo conocimiento científico se apoya y se ajusta a un método: "El método se contrapone a la suerte y al azar, pues es ante todo, un orden manifestado en un conjunto de reglas", afirmó Ferrater Mora⁸

El método, en el ámbito de las Ciencias de la Cultura a las que pertenece el derecho constitucional, es decir a la cultura política euroatlántica⁹, asume su tradición, porque atañe más directamente a nuestras tradiciones.

⁸ Con razón escribió JOSÉ FERRATER MORA: termino "Método" en "Diccionario de Filosofía abreviado". Texto preparado por EDUARDO GARCÍA BELSUNCE y EZEQUIEL DE OLASO, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 197, pág. 281.

⁹ Cfr, PETER HÄBERLE, *Europaische Rechtskultur Versuch einer Annäherung in zwölf*, Schriften Suhrkamp, 1997, ágs. 64 y ss.

La cuestión si el método es un recurso instrumental o una teorización independiente y puede resolverse así: toda teoría, en nuestro caso la constitucional, se basa en un conjunto de afirmaciones obtenidas por un método concreto: histórico, comparado, construido por los profesores de derecho (*Juristenrecht*), por jueces, comentaristas, etc. Que logran una dogmática jurídica compuesta de definiciones, categorías, postulados imprescindibles para dominar el Derecho positivo.

Es cierto que muchos de ellos se inspiraron, o siguieron tendencias filosóficas concretas: positivismo, constructivismo lógico, organicismo jurídico, relativismo, neokantismo, fenomenología, axiología, sociologismo, iusnaturalismo renovado, sin olvidar el tridimensionalismo jurídico de Reale.¹⁰

Esto se debe a dos motivos: a) el derecho constitucional es proclive a recibir tales influjos; b) los autores de esta disciplina intentan innovarla introduciendo en sus discursos conceptos y métodos correspondientes a tendencias filosóficas, sociológicas, psicológicas más o menos novedosas.

2. Método y aparición de nuevas disciplinas jurídicas

Durante mucho tiempo en el derecho administrativo, el procesal y el laboral, se incluían en escasos capítulos del derecho constitucional.

En la transición del siglo XIX al XX juristas alemanes, franceses e italianos se esforzaron en elaborar, eficazmente, el estatuto científico de estas materias ajustándose al llamado método técnico-jurídico del que luego hablaremos.

La autocomplacencia de quienes fundaron esas disciplinas dotándolas de sus correspondientes, dogmática y método, las impulsó, salvo excepciones, a examinar e interpretar las normas constitucionales olvidando, o dando de lado, su naturaleza a saber: el influjo ideológico (demoliberal, socialista, comunista) su vocación transformadora de la sociedad (artículo 9,2 CE) y su fundamentación axiológica (artículos 1,1 y 10,1).¹¹

Si bien los estudios de derecho procesal, constitucional, derecho civil constitucional soslayan el reparo más arriba apuntado.

¹⁰ Cfr, CARMEN MURILLO DE LA CUEVA LERDO DE TEJADA, "En torno al tridimensionalismo jurídico", Dykinson, Madrid, 1997.

¹¹ Cfr, PABLO LUCAS VERDÚ, "Teoría general de las articulaciones constitucionales", Dykinson, Madrid, 1998. Cfr, también PETER HÄBERLE, *Europäische Rechts Kultur Subkampf*, 1997, págs. 285-296. Además mi "Teoría general de las relaciones constitucionales", Dykinson, 2000 *passim*.

3. Método e interpretación constitucional

Por otro lado, las recientes aportaciones a la interpretación de la Constitución implican, en alguna medida el traslado de los problemas metodológicos al campo de la interpretación constitucional inspirándose sea en filósofos de la modernidad (Schopenhauer y Nietzsche) o contemporáneos como Heidegger y su discípulo Gadamer?

4. Correlación. Método y realidad constitucional

Como conclusión de todo lo anterior hay que decir que rechazamos la posición solipsista del neokantiano Kelsen cuando sostiene que el método origina al objeto del conocimiento. Es decir el constructivismo jurídico formalista llega, con este maestro, a su apogeo ayudado por el concepto de la pureza metodológica. En conclusión: si seguimos ese camino jamás contactaremos con la realidad subyacente. Por ejemplo, los partidos políticos, los principios rectores de la política social y económica son datos insoslayables cuya normativización no sería eficaz si se prescinde de su realidad esencial. Siguiendo al maestro Geny lo construido ha de hacerse siempre contando con la realidad.

5. Breves consideraciones sobre el método técnico-jurídico

a) Afirmar que el derecho constitucional debe utilizar el método técnico-jurídico es clara redundancia. Es cierto que la expresión citada antepone el término *técnico*. Ahora bien, ¿es el derecho una simple técnica? ¿Es, como dice el "Diccionario de la Lengua Española: un Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve como ciencia o arte"? ¿O la "Pericia o habilidad para usar esos procedimientos y recursos"? O, por último ¿"habilidad para ejecutar cualquier cosa, o para corregir algo"?¹²

Indudablemente, el derecho, en su aplicación práctica, se manifiesta como actividad técnica. Empero, es algo más: es una ciencia?

b) La expresión método técnico-jurídico procede de la doctrina germana de finales del siglo XIX al XX (Gerber, Laband, Jellinek, Kelsen). Corresponderá a Orlando¹³, fundador de la escuela italiana del derecho público introducirla en su patria.

¹² Esta cuestión no la abordamos aquí porque requiere un extenso discurso.

¹³ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico en Diritto pubblico generale. Scritti Vari (1881-1940) Coordinati in sistema*, Giuffrè Milano, 1954, págs. 3 y ss. Prescindiremos de la literatura española sobre el tema porque la he expuesto en otros trabajos: "Curso de Derecho político". Vol. I^o, Tecnos, Madrid, 1972-1984 *passim*.

En efecto, el título de su clásica disertación: "Criterios técnicos" para la "reconstrucción jurídica del derecho público" es suficientemente significativo.

c) Orlando reaccionó, justamente, contra la mezcolanza de conocimientos heterogéneos en los escritos del derecho público de su tiempo²⁴. En este sentido ¿se asemeja a Kelsen? La diferencia entre los dos es notoria a saber: la actividad metodológica del maestro italiano era técnica-práctica, orientada a la enseñanza del derecho público; en cambio la del austriaco parte de una posición filosófica neokantiana: el método crea el objeto del conocimiento. Orlando fue historicista, Kelsen neokantiano.

d) La disciplina es, además necesaria mantener mediante su constante práctica, para cuidar la necesaria salud y mantener el espíritu.

e) Es indispensable en las tareas de la enseñanza a fin de obtener resultados satisfactorios. Se predica tanto a los alumnos como a los enseñantes y a estos últimos particularmente. A saber: la lección ejemplar que el maestro imparte a sus ayudantes y colaboradores. Así, se establece una relación académica que beneficia a ambos en la medida que el profesor aprende también de sus discípulos.

f) Es sabida la interrelación fructífera establecida en la Escuela de Viena. Allí no sólo adoctrinó Kelsen a sus seguidores, también estos influyeron sobre él. Basta recordar a Merkl con su *Stufenbautheorie* que recogió su maestro y como Verdross y Kunz convencieron al maestro sosteniendo la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. Puede decirse que el seminario dirigido por Kelsen fue un auténtico hogar intelectual.

g) Por último, la disciplina aplicada a la enseñanza de nuestra asignatura no supone una sumisión de los alumnos y colaboradores, una obediencia *perinde cadaveris*, porque se basa en la recíproca lealtad y respeto compatibles con la libertad académica. Si el discípulo acogiera sin reflexiones todo lo que su maestro sostiene, la ciencia no avanzaría. La aportación magistral decaería por falta de desarrollo aceptable. El discurso del maestro, pronto sería olvidado. Una repetición mecánica de aquel apenas serviría. El mayor orgullo, lícito, de un auténtico maestro estriba en que sus discípulos desarrollen, perfeccionando y actualizando su pensamiento.

²⁴ ORLANDO precisa su posición así: "Yo no digo que es menester circundar el derecho con una especie de muralla de China que excluya celosa y susceptiblemente la comunicación con otros elementos de orden científico diverso. Es cierto que el derecho no puede prescindir de la política. No puede renunciar a una sistematización de índole filosófica y por eso existe y puede ser sin duda.

b) Acaso podría objetarse que exclusivamente me refiero a los grandes maestros olvidando el papel no tan brillante de profesores que conocen bien su materia y procuran aumentar ese conocimiento. Aquellos docentes que amplían sus saberes consultando atentamente, una selecta bibliografía nacional y extranjera, publicando trabajos, etc., acaso no conseguirán el pedestal de la sapiencia académica, pero sin duda con su método y ejemplo cumplen una misión nobilísima?¹⁵

6. Teoría de la Constitución y derecho constitucional

a) A partir de las aportaciones bien conocidas de Carl Schmitt y de Rudolf Smend continuadas, después de la Segunda Guerra Mundial, por Karl Loewenstein, Ferdinand Hermens y Costantino Mortati se configuró la Teoría de la Constitución en sentido sustancial frente a la excesiva formalización de juristas que siguen el positivismo jurídico.

b) Es fácil comprobar que el concepto de Constitución se desvanecía no solo en la Teoría pura del derecho de Kelsen y de su escuela en la medida que partía de una hipótesis lógica-jurídica y en su obra póstuma consideró como una ficción. Por supuesto no en sentido peyorativo. En los manuales y tratados continentales de la Europa encontramos definiciones didácticas, descriptivas, sin preocuparse de los contenidos sustanciales ante el temor de incluir elementos sociopolíticos y valorativos porque se consideran extranormativos.

c) Hay una excepción relevante que procuró escapar de dicha excesiva formalización. Me refiero a las posiciones de Duguit con su atención a los factores sociológicos, a saber: la solidaridad por semejanzas y solidaridad por división del trabajo. Ahora bien, si bien soslayaba el positivismo formalista siguió el positivismo sociológico, respuesta al primero.

d) Correspondió a Hauriou y a Santi Romano la indispensable atención al concepto de *iustitución*. El primero influido por el iusnaturalismo y el segundo siguiendo el método técnico-jurídico.¹⁶

¹⁵ Podría advertirse que lo anterior supone que considero la enseñanza universitaria como algo semejante a una Academia platónica o un Liceo aristotélico dado que la mayoría de los alumnos prefieren prepararse a través de apuntes obsoletos o de Manuales anticuados. Se añade las ausencias a las clases de algunos profesores y de alumnos o de la actitud de bastantes solo interesados en superar las pruebas finales. Aclaro que se dan casos de estudiantes que desde el principio seleccionan las asignaturas cuyos contenidos se exigen en Oposiciones en las cuales las consideraciones teóricas no abundan y sólo cuentan en los programas exigidos. Ahora bien, la exageración de esta actitud rebaja el prestigio del *Alma mater* sustituida por la eficiencia de preparaciones *ad hoc*. Esto se resuelve reservando al maestro su teoría y a sus ayudantes en clases prácticas la explicación de los temas de modo más asequible.

¹⁶ En diversos trabajos he expuesto más extensamente las opiniones de estos dos ilustres maestros. Me limito a mencionar mi *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, 2ª ed., Dykinson, Madrid 1998. pág. 14. Cfr. STC 16/82 Fundamento jurídico 1 de 28 de abril.

7. La Teoría de la Constitución se impone al derecho constitucional

a) La afirmación de este epígrafe se deduce del artículo 9,1 de la Constitución española: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

b) La Constitución española propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político) y afirma: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social"¹⁷.

c) La Constitución se justifica mediante valores, se inspira en una ideología y apunta a una finalidad social. A tenor del Preámbulo propone "establecer una sociedad democrática avanzada y del artículo 9,2 atribuye a los poderes públicos la *promoción* de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social.

d) La Teoría de la Constitución se apoya en una dogmática propia. En virtud de ella posee sustantividad. *La dogmática constitucional en cuanto Teoría de la Constitución, cuenta con una serie de conceptos, categorías, principios y postulados encaminados a reconocer y proteger, los derechos humanos y a regular las articulaciones y relaciones constitucionales del Estado.*¹⁸

La dogmática constitucional se ha enriquecido después de la Segunda Guerra Mundial con un repertorio de conceptos nuevos, conservando los tradicionales. Así, recordemos el concepto de supremacía de la Constitución introducido por el juez Marshall en los Estados Unidos y el concepto de rigidez constitucional contrapuesta a la flexibilidad argumentado por Lord Bryce¹⁹.

¹⁷ Cfr, STC 53/85 de 11 de abril Fundamento Jurídico 3 y Fundamento Jurídico 4 que dice: "Pero además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores".

¹⁸ Sobre esto último Cfr, mis monografías, "Teoría general de las articulaciones constitucionales", Dykinson, Madrid 2000.

¹⁹ JAMES BRYCE, "Constituciones flexibles y Constituciones rígidas", Estudio preliminar de PABLO LUCAS VERDÚ, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988 págs. IX.XLII. No olvidemos el concepto de *elasticidad* de la Constitución según Rossi.

Y en nuestros días la noción de Constitución abierta²⁰. Hay que añadir la distinción entre Representación y representatividad esta última inspirada en valores (*Leibholz*), la consideración del efecto respecto a terceros de los derechos humanos (*Drittwirkung*), la posibilidad de normas constitucionales que, sin embargo, sean iusconstitucionales²¹. La *Verfassungskonforme Auslegung* introducida por la doctrina alemana²². Así como la doctrina de las mutaciones constitucionales iniciada por Laband, continuada por Jellinek, Smend y por su discípulo Hsü Dau-Lin²³.

e) Estas importantes contribuciones a la dogmática constitucional revelan la conexión del Derecho constitucional con la realidad constitucional sin incurrir en el determinismo sociológico y político, es decir considerando a la Constitución como resultado de las relaciones sociales de un modo estricto²⁴.

8. Necesidad de renovar y ampliar la dogmática constitucional

a) Conviene añadir que la Teoría de la Constitución cuenta con antecedentes que datan del período de entreguerras.

En efecto el ruso, emigrado de la URSS. Bons Mirkine Guetze-Vich²⁵, se planteo la necesidad de la racionalización del poder en las interrelaciones Gobierno-Parlamento para evitar la frecuencia de crisis provocada por la frecuencia de votos de censura productores de la inestabilidad crónica del Ejecutivo. Este fenómeno se dio también en la República Weimariana y en otras democracias europeas²⁶.

b) También la doctrina constitucional contemporánea se ha preocupado de la dimensión y efectividad de los derechos humanos respecto a terceros. Es el llamado *Drittwirkung* planteado por la doctrina alemana²⁷.

²⁰ Cfr, PABLO LUCAS VERDÚ, *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Ediciones Besamar, S.A., Madrid 1933.

²¹ OTTO BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, Verlag, J.C.B. MOHR, Paul Siebeck, Tubringen, 1955.

²² KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Verlag C.M. BECK, Vol Iº, München, 1977, págs. 111 y ss.

²³ HSÜ DAU-LIN, "Mutación de la Constitución", (trad. Pablo Lucas Verdú y Christian Förster) Ivac Oñati 1998. Contiene mi prólogo, *Una aportación ejemplar a la teoría de las mutaciones constitucionales: la obra de Hsü Dau-Lin*, págs. 7-14.

²⁴ Cfr, el importante estudio de DIETRICH SCHINDLER, *Verfassungsrecht used soziale struktur*, 3ª ed. Schulthess and L.A.G., Zürich, 1950, y su influjo sobre la escuela de Zurich que considero excelente.

²⁵ BONNS MIRKINE GUETZEVICH, *Modernas tendencias del derecho constitucional* (trad. de Sabino Álvarez Gendin), Reus, Madrid, 1934.

²⁶ En Francia, Italia, España y Portugal.

²⁷ Cfr, KLAUS STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, Volumen III, 1 Verlag C. th. Beck München, 1988, págs. 1511 y ss.

En España el Tribunal Constitucional se refiere en sus decisiones a la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales. Cfr, STC 18/1984 Fundamento Jurídico 6²⁸.

c) Otro tema importante se refiere al contenido esencial de los derechos fundamentales²⁹ contemplado en el artículo 53,1 de la Constitución española inspirado por el artículo 19,2 de la Ley Fundamental de la Republica Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949.

9. La Constitución no surge *ex nihilo*. Tampoco está sola

a) Hace tiempo que me preocupa este tema. Veamos. Ante todo es claro que todo ordenamiento fundamental no brota por generación espontánea porque es tributario de acontecimientos sociopolíticos y económicos: transformaciones más o menos violentas: revoluciones, guerras perdidas como demuestra el desarrollo histórico del constitucionalismo. También hay que contar con factores psicológicos: anhelo de “estar” y/o *tener* Constitución, tratase de documento escrito, codificado, como en los Estados Unidos o consuetudinario (Gran Bretaña).

Hay que contar además con la tradición. Así hay una tradición norteamericana con su Constitución de 1787 y otra europea. Esta última inspirada en el modelo racionalista francés³⁰ Acaso podría reprochársele que lo anterior es obvio de modo que no merece consignarlo. Sin embargo no es así porque la comprensión de las Constituciones sería difícil soslayando aquellas magnitudes antes apuntadas. Aún más sobrarían las atinadas consideraciones de los clásicos sobre el tema (Jellinek) con su conocida “Teoría general del Estado” y muchos más. Las referencias históricas son indispensables lo cual no significa el olvido de las indispensables vertientes técnico-jurídicas y iuspolíticas que requiere una teoría de la Constitución³¹.

b) Parece claro, y sin insistir en las consideraciones que hicimos en páginas anteriores, que tampoco una Constitución *está sola*³², está rodeada por diversos elementos que pueden apoyarla, relativizarla e incluso condicionarla.

²⁸ Cfr, también STC 177/1988, *Fundamentos Jurídicos* 3 y 4.

²⁹ Cfr, la monografía de MAGDALENA LORENZO RODRÍGUEZ ARMAS, “Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53,1 de la Constitución española”, prólogo de PABLO LUCAS VERDÚ, editorial Comares, Granada, 1996. Es un estudio de indispensable lectura.

³⁰ Sintéticamente alude a esto: HANS HERBERT VON ARNIM, *Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Verlag Franz Vehlen München, 1984, págs. 62-63.

³¹ Cfr, mi artículo: “Historia y Política: Reflexiones de un profesor de Derecho político sobre las relaciones entre el conocimiento histórico, la Ciencia política y el derecho constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n° 7, 1 semestre 2001.

³² Remito al artículo de H.H. VON ARNIM, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, en Z.R.P. FET, 8 págs., 326 y ss.

c) *Constitución y realidad constitucional*. He escrito³³ que para entender el derecho constitucional es menester estudiar la tensión Constitución-realidad constitucional, sus relaciones e influjos recíprocos. Solo cuando esa tensión es muy fuerte se llega a la ruptura del ordenamiento fundamental que al fin es sustituido por otro, tras un evento revolucionario. La Constitución entonces puede convertirse en algo virtual que sucumbe ante la realidad emergente.

d) ¿En qué consiste la realidad constitucional? Estriba en un conjunto de elementos (ideológicos, sociológicos, estimativos que condicional –no determinan– la normativa fundamental. Incide sobre la Constitución, adecuándola, modulándola, transformándola y a veces sustituyéndola.

e) Del mismo modo voy a precisar lo siguiente: La Constitución recoge un influjo ideológico según el régimen político que normativiza.

f) Está *condicionada* por una estructura socioeconómica, no determinándola porque una Constitución efectiva es capaz, en alguna unidad, de matizar ese condicionamiento.

g) La Constitución se justifica, se legitima, mediante valores: unas veces patentes como ocurre en la República Federal de Alemania (artículo 1) y en la española (artículos 1,1 - 10,1 y 103,1) distinguiendo entre ley y Derecho³⁴. Son elementos inspirados por la cultura euroatlántica.

Estos preceptos suponen una clara posición frente a la interpretación formalista-positivista refractaria a toda legitimación axiológica.

³³ PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político*, Tecnos, Madrid 1985, Vol. IV, págs. 73 y ss.

³⁴ Cfr, EBERHANT SCHMITT-ASSMAN, *Der Rechtsstaat en Handbrach des staatsrecht*, editado por JOSEF ISENSEE y PAUL KIRCHHOP, C.F. Müller Juristischen Verlag Meidelberg, 1987, págs. 1004 y ss. Lamento que apenas la doctrina española se haya preocupado poco de este asunto con algunas escasas excepciones. Por ejemplo F. FERNÁNDEZ SEGADO y otros.

