

Cinco gigantes del Derecho Constitucional

Raúl Chanamé Orbe

Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

El Derecho Constitucional como teoría jurídica ha adquirido plena madurez en el transcurso del siglo XX, gracias al aporte y sistematización de un conjunto de tratadistas que establecieron un conjunto de paradigmas sobre la Constitución, Estado, la democracia, el poder, la ciudadanía, los derechos fundamentales e incluso la globalización jurídica.

Reseñamos, de manera sucinta, a cinco paradigmas del derecho constitucional contemporáneo y sus principales aportes a esta singular disciplina jurídica.

KARL LOEWENSTEIN

Si la obsesión de Sieyes fue como limitar los privilegios de los Luises, la preocupación de Karl Loewenstein (1891-1973) fue como controlar el poder del Leviathan, contemporáneo, llamado Estado. Loewenstein, estudio en la tradición germánica de la primacía del Estado de Jellinek y vivió los años más exaltados de los Estados totalitarios, identificados con el fascismo y el comunismo.

Loewenstein influido por el pensamiento crítico de Max Weber (1864-1920), a diferencia de sus condiscípulos, no se dejó seducir ni por el formalismo jurídico ni el decisionismo político, unos cayendo en la pura institucionalidad normativista y los otros en la exclusiva voluntad personal o colectiva, que negaba la posibilidad de entender académicamente los diversos factores del poder contemporáneo.

Estudió en las universidades de Heidelberg, Berlín y París, doctorándose en Munich con la tesis “Pueblo y parlamento según la concepción del Estado de la Asamblea Nacional francesa de 1789”, con el sugerente subtítulo “Estudios sobre la legislación directa del pueblo”, cuyo intento pretendía superar la clásica teoría de la representación ciudadana, a través de una participación popular a través de los plebiscitos. Ejerció la docencia en Alemania, donde sus singulares ideas generaron polémicas con los seguidores de Carl Smith y Hans Kelsen. Este debate, que puso al derecho alemán en la vanguardia mundial, fue cancelado de manera bárbara en 1933 con el ascenso a canciller de Adolfo Hitler.

El ya prestigioso Karl Loewenstein se vio obligado a emigrar, como lo harían otros destacados intelectuales como Marcuse, Fromm, Adorno y Popper. En tanto, en el Tercer Reich, Heidegger se hacía rector sumiso y Schmitt, jurista complaciente del Estado totalitario.

Loewenstein, como los miembros de la escuela de Fráncfort, fijó su residencia en EE.UU., en ese entonces alejado de la confrontación ideológica, donde se produjo un interesante encuentro cultural entre lo más avanzado

de la ciencia jurídica germana y la ciencia política norteamericana; en este ambiente Loewenstein, se dedicaría a la enseñanza de derecho público en la universidad de Yale y de ciencia política en el College de Amherst. Merced a su obra "Derecho y práctica constitucional en los Estados Unidos" y sus estudios sobre el derecho norteamericano, fue llamado como asesor del Secretario de Justicia de EE.UU., y también como consejero del gobierno de transición en Alemania que tuvo feliz término con la Ley Fundamental de 1949, que se legitimó al haberse basado en las mejores tradiciones germanas: federalismo, bicameralismo y orden democrático.

Su exigente racionalidad, tendrá su punto más alto con la publicación de su obra cumbre, que apareció bajo el original título en inglés de "Political Power in the Governmental Process" en 1957, y que publicó en alemán, dos años después, con el título "Teoría de la Constitución", título similar a una célebre obra (1928) de Carl Schmitt.

Loewenstein se plantea una triada del Estado Moderno: Estado, Constitución y Democracia. Para controlar los excesos decimonónicos del Estado, se requiere el pacto constitucional —que solo funciona si existe una sociedad civil organizada—, el texto constitucional tiene que reflejar a esta sociedad histórica y singular; para que se cumplan los presupuestos del Estado liberal se necesita la participación activa de los ciudadanos por medio de la democracia, el sufragio no es solo un medio de control social, sino la esencia del Estado Constitucional.

Sin duda, este libro erudito, no esconde una sutil polémica conceptual con Schmitt, que llevara a decir al profesor español Alfredo Gallego, que para Loewenstein no existen conceptos en el sentido estático, sino: "Una realidad constituida por relaciones de poder; estructuras sociales, funciones, ideologías, procesos, etc. y los conceptos que surgen no son sino los términos y expresiones que sirven para designar o identificar las partes de una situación de hecho, y no como en Schmitt, unas ideas con un contenido predeterminado (...) lo cual se basa en una incorrecta concepción de la relación norma-realidad, en la que el elemento normativo pierde toda su propiedad" ("Constitución y Política", 1964).

Mientras en Schmitt sus puntos fundamentales son Constitución, Estado de Derecho, revisión constitucional; en Loewenstein, encontraremos estos mismos conceptos, empero, predispuestos en un análisis más allá del formalismo jurídico, buscando encontrar los ocultos mecanismos de la distribución del poder, los reales detentores del gobierno y las posibilidades legítimas del Estado moderno; como complejas piezas de domino del engranaje entre la sociedad plural y el Estado de Derecho, que adquiere plena legitimidad cuando respeta la voluntad de la mayoría democrática y protege tolerantemente –de manera especial– a la minoría, que representa el pluralismo social.

CARL SCHMITT

"Victorias y derrotas, revoluciones y restauraciones, inflación y deflagración, bombardeos, denuncias, crisis, ruinas y milagros económicos. Hambre y frío, campos de concentración y automatización. Todo lo atravesé. Todo me ha atravesado. Conozco los muchos estilos del terror."

C. Schmitt

El Derecho Constitucional del siglo XX no puede ser comprendido sin conocer a Carl Schmitt (1888-1985). ¿Cuál es el mérito del autor de la Teoría de la Constitución? Sin duda, el jurista alemán emancipó de la teoría del Estado, un orden doctrinal autónomo —con métodos, contenidos y lenguaje propios— en base al derecho público y constitucional.

La peculiaridad de Schmitt, es que vivió la etapa final del imperio guillermino —empezó a escribir desde 1910— contempló desencantado la afiebrada etapa espartaquista (1918-1919), inmediatamente la utópica República de Weimar (1919-1933), su caída a manos de la aplastante victoria electoral hitleriana, los procesos de Núremberg, la guerra fría y la distensión. Su vida, sin duda, fue atravesada por todas las esperanzas y sinsabores de siglo XX.

El mérito intelectual schmittiano fue, a la luz de estas formidables crisis y rupturas, haber establecido un marco teórico y doctrinal para el moderno derecho constitucional. Su colosal erudición se alimentó de la filosofía, política, historia, psicología, sociología y un profundo conocimiento del derecho. Busco su propia interpretación de Maquiavelo, Bodino, Hobbes, Sieyès y Tocqueville, entre los clásicos; y, entre sus contemporáneos a Smed, Héller, Kelsen, con quien libraría más de una polémica conceptual. Pablo Lucas Versú dirá que fue un sincretizador de lo mejor de su época. Su formación fue renacentista, no escapó ni al racionalismo ni al positivismo. No obstante, no fue seducido por el formalismo, en boga en el derecho europeo.

Cuando en 1928 el Estado de Derecho, el parlamentarismo como forma de presentación y la democracia parecían claudicar entre el avance inconti-

nible de las ideologías. Schmitt publicara su obra *Teoría de la Constitución*, que representará una emancipación conceptual del derecho público clásico y una automatización de la difundida *Teoría del Estado*, de raigambre hegeliana.

Schmitt fue consciente de que la etapa de los estados nacionales, al menos en Europa, ya era un proceso irreversible, que los 70 estados del mundo —de aquella época— representaban una comunidad política distinta a la estudiada por Montesquieu, Sieyès, Guizot o Constan; que producto del desarrollo de la racionalidad política y la normativa jurídica, habían surgido un nuevo tipo de relaciones reguladas por, el consenso y la fuerza, que a la vez se subsumían en cada constitución positiva, si bien este proceso se desarrolla de manera propia, era necesario resumirlo en una teoría capaz de ordenarlo e interpretarlo.

Por ellos, dará nacimiento a la *Teoría de la Constitución* (1928), En defensa de la constitución (1931) y *Legalidad y legitimidad* (1932), que buscará una nueva síntesis del concepto Constitución, adecuándolo a los tiempos modernos; a la vez enriquecerá la definición de Estado de Derecho de Kelsen, introduciendo la polémica sobre legalidad y legitimidad, que tanto dará que hablar sobre la ascensión legítima al poder de Hitler, y sobre el controvertido tema de la necesidad de formular periódicas reformas —en definiciones schmittianas: revisión- a la constitución a través de procesos legales.

En Schmitt aparecerá clara la vocación prusiana de orden, jerarquía y continuidad, que demandara aplicar al derecho constitucional ante una etapa signada por la inestabilidad institucional, la turbulencia política y el caos social. En esta etapa, Schmitt sentirá la tentación de sacrificar la legitimidad en nombre de la legalidad, y la democracia parlamentaria por la dictadura excepcional y pasajera, que restituya el orden y la constitucionalidad.

En el mundo académico existe un renacer de las ideas schmittianas, dejando atrás el largo ostracismo político de Schmitt, por haber consentido a una de las dictaduras más antijurídicas e irracionales que conozca la historia de la humanidad. ¿Cómo este cerebro excepcional pudo hacerse cómplice de la barbarie hitleriana?.

Schmitt no podrá escapar a sus propias ideas. Por ello dirá que Hitler llegó al poder por la vía legítima e hizo uso de sus poderes excepcionales que a propia Constitución de Weimar (art. 8º) le permitía para proclamar la dictadura. A este gobierno legítimo él le debía fidelidad en sus medidas de gobierno, de lo contrario traicionaría sus propios axiomas políticos. Se impondrá Hegel y su orden estatal sobre Kant y su objeción de conciencia.

Dirá que el bonapartismo fue un pre-fascismo, que se hacía con la legalidad y el mundo lo justifico en nombre de la nueva legitimidad burguesa llamada: modernidad. No obstante, Schmitt que combatió el formalismo en derecho termino atrapado por el formalismo de la legalidad, e intelectualmente justificando una dictadura despiadada que, entre 1933 y 1945, elimino por la vía extrajudicial a más de 10 millones de seres humanos y por vías judiciales (Tribunal Popular) a más de 16 mil opositores al III Reich. Quienes fueron juzgados en Nüremberg por delito internacional de genocidio, adujeron que actuaron premunidos de un "patriotismo constitucional".

A Schmitt, a pesar de este lapsus (al igual que Heidenberg), nada le resta esta impronta autoritaria, a sus formidables aportes constituciones y filosóficos.

El marco constitucional ideado por Schmitt fue tan sólido, que ni siquiera la Ley Fundamental (1949), pudo escapar a sus aportes doctrinarios, superando todo romanticismo inocente; la constitución alemana protege a las minorías democráticas frente a la mayoría antidemocrática. El gobierno federal no puede ser derribado en tanto la oposición no presente al mismo tiempo un candidato a canciller, de lo que se desprende que la oposición parlamentaria carece de poder sino se encuentra democráticamente unida, incluso aunque disponga de mayoría.

Carl Schmitt, a diferencia de Kelsen (1881-1973) o Loewesntein (1871-1973), estuvo ligado directamente al mundo hispano, hablaba y leía el idioma español y, varias veces, estuvo en la tierra de Cervantes, donde dejó muchos discípulos, además de admirar la obra jurídica de Francisco Victoria. De allí su importancia en el mundo hispano y su influencia sobre el Perú.

Schmitt fue un hombre excepcional para su época; de él ha dicho Manuel García Pelayo: "Su extensa y profunda cultura histórica permiten percibir esos momentos epocales donde comienza algo nuevo, sea un orden, una institución o una perspectiva. Sus conocimientos de historia de las ideas jurídicas y políticas, interpretadas y desde el presente, le permiten encontrar puntos clave de interpretación de los grandes conceptos políticos o, a veces, para mostrar el decálogo entre el sentido originario de un concepto y su sentido en el presente o, eventualmente, su cambio de funcionalidad"

Mantuvo contacto permanente con la últimas producciones en todos los campos, hasta los últimos años de su vida –en los años 80- demostrará una sobresaliente vitalidad reflexiva, estará al tanto de los acontecimientos más recientes de Europa, seguirá de cerca los conflictos del Tercer Mundo e indagará nuevas definiciones al proceso de internacionalización del derecho constitucional, enriqueciendo el concepto de Hauriou sobre superlegalidad.

En uno de sus últimos escritos "La revolución legal mundial" publicado en 1979 para la célebre revista *Estudios Políticos*, de España, analizará el fenómeno del euro-comunismo y, ponderará, las cualidades de su promotor español Santiago Carrillo. En este tema, se podrá apreciar la versatilidad del erudito, que con todo mortal, tuvo sus grandes luces y, también, penumbras, que en ningún caso pudieron apagar sus notables aportes al derecho constitucional.

DUVERGER Y JIMENEZ DE PARGA

Coincidentemente, en los últimos días nos dejaron dos referentes del Derecho Constitucional y la ciencia política contemporánea: el francés Maurice Duverger (1917-2014) y el español Manuel Jiménez de Parga (1929-2014).

Los dos forjaron su aprendizaje intelectual bajo regímenes políticos de excepción: Duverger bajo el régimen colaboracionista de Vich en la Francia ocupada y Jiménez de Parga bajo el régimen dictatorial de Francisco Franco. Esa restricción institucional fue un acicate para que ambos tomen interés académico por una disciplina que combinada el incipiente estudio de la ciencia política y el derecho constitucional, que asumió por lustros una denominación híbrida en la catedra universitaria bajo la asignatura de Derecho Político.

Maurice Duverger, inauguró esta catedra en la Universidad de Poitiers, luego en Burdeos y a partir de 1955 en La Sorbona de París, donde estableció el Instituto de Estudios Políticos (IEP), que tanto aportó a la comprensión del parlamentarismo, el presidencialismo, los partidos políticos y los sistemas electorales. Duverger, en el pensamiento latino, hizo la misma operación de cirugía epistemológica que hizo Karl Loewenstein (1891-1973) en las universidades anglosajonas, autonomizar la ciencia política del derecho constitucional, separar sus objetos de estudios: la constitución, en un caso, y el poder político, en el otro caso. Especializando al politólogo y al constitucionalista, delimitando campos entre la norma suprema y el hecho político.

Tras el estrepitoso fracaso de la IV República francesa, con su Constitución parlamentaria de 1946, Duverger se abocó a estudiar los factores fácticos de tal descalabro institucional, descubriendo la inmensa importancia de los partidos políticos y su combinación con el sistema electoral, eso lo llevo a sostener su tesis en *Le Monde* del semi-presidencialismo como un régimen corrector de la política gala. De allí surgiría su memorable libro *Los partidos políticos* (1951), cuya versión traducida en 1981 por el Fondo de Cultura Económica, fue nuestro libro clásico en el curso de Ciencia Política dirigido por Francisco Miro Quesada Rada en San Marcos. Duverger inspiró intelectualmente los drásticos cambios presidencialistas que introdujo la V República con Charles De Gaulle

(Para mayor información puede revisarse el magnífico ensayo de Darío Herrera Pulsen: *La Constitución Francesa de 1958*, Lima, UNMSM), que posee tímidas reminiscencias en las Constituciones peruanas de 1979 y 1993.

En paralelo. Manuel Jiménez de Parga, se forjó en las regimentadas aulas de Universidad de Granada, donde a pesar del control ideológico del falangismo, aparecerán dos sobresalientes profesores de derecho político: el mítico Tierno Galván y el flemático Pablo Lucas Verdún. Jiménez de Parga asumirá la cátedra de Derecho Político en la Universidad de Madrid en 1956, al año siguiente ganará el concurso de cátedra en la Universidad de Barcelona, donde llegará a ser Profesor Principal, Decano de la Facultad de Derecho y Rector (1976-1977), en plena transición.

En esta etapa escribió libros referenciales para Hispanoamérica, como *Teoría y realidad constitucional contemporánea*, y su clásico *Los regímenes políticos contemporáneos*, donde plantea al interior de las autocracias una sutil diferencia entre un régimen autoritario y otro totalitario —ello le valió ciertas críticas—, que el tiempo le dio la razón, pues es distinto una dictadura puramente represiva y otra es un régimen fundamentalista, su tesis fue que el franquismo se quedó a medio camino entre ambos modelos. Posteriormente escribió *Las monarquías europeas en el horizonte español* y *¿Qué es la democracia?*

Jiménez de Parga no sólo fue un académico, sino también tuvo participación activa en la transición española, donde fue Ministro de Trabajo del primer gabinete de Adolfo Suárez, después fue consejero de Estado y en el año 2001 fue elegido Presidente del Tribunal Constitucional de España, gracias a su capacidad concertadora.

Maurice Duverger y Manuel Jiménez de Parga marcan una época en el pensamiento constitucional y político, que sienta las bases del auge de la teoría constitucional y establecen los métodos del análisis político, despojado del corsé normativista; hoy que encontramos a los partidos políticos en crisis, que se renuevan los sistemas electorales y se revaloriza la democracia de manera universal, debemos colocar el nombre de estos ilustres maestros al lado de los Norberto Bobbio, Giovanni Sartori y Robert Dahl, como hitos del derecho constitucional y la ciencia política.

GIOVANI SARTORI

Italia ha aportado una sólida doctrina constitucional que viene desde Santi Romano, pasa por Norberto Bobbio y se proyecta en el siglo XXI con Giovanni Sartori (1924) y Luigi Ferrajoli (1940).

¿Cuáles son las contribuciones teóricas y prácticas de Sartori? Este se forjó intelectualmente en la Universidad de Florencia, donde llegó a ser Profesor Principal hasta 1976, cuando los cazatalentos lo tentaron a proseguir con sus investigaciones al contacto con la ciencia norteamericana, donde se incorporó originalmente a la Universidad de Stanford, para luego tener una larga estancia en la Universidad de Columbia y terminar llevando su magisterio a la Universidad de Nueva York.

Los trabajos originales de Sartori estuvieron centrados en la teoría (Teoría de la democracia), las instituciones (Partido y Sistemas de Partidos), seguidamente en los métodos de análisis (La Política: Lógica y método en Ciencia Social y Ciencia Social: Un sistema de análisis); en su madurez intelectual se volcó a la aplicación sobre realidades concretas aplicando con rigurosidad su sistema de análisis; su preocupación por la constitución y la democracia lo llevó a recoger evidencia empírica del funcionamiento del presidencialismo y el parlamentarismo, usando el método comparativista, recorre Europa, América y Asia, para encontrar las constantes y los singularismo; estudia con detenimiento los sistemas electorales, mayoritarios o proporcionales (como condicionante de la crisis o la gobernabilidad), estudia los procesos de segunda vuelta presidencial y parlamentaria; disecciona las instituciones de diferentes continentes y sus conclusiones las plasma en un libro descollante: *Ingeniería Constitucional Comparada* (1994).

Sartori cree —con Jeremy Bentham— que los sistemas políticos funcionan con incentivos democráticos basados en el castigo y el premio. Así analiza los sistemas electorales, evidenciando que allí donde funcionan como mero procedimiento (mayoritario y no proporcional, por lista y no por persona, distrito uninominal en vez de plurinominal, entre otros), puede desarraigar la

participación y desincentivar la votación (por ello, el sufragio obligatorio). Aquí usa como antecedentes las investigaciones de Dieter Nohlen y Arend Lijphart, donde descubre que allí donde el elector no pierde el vínculo con su representante el sistema electoral refuerza la solidez del sistema político, en tanto cuando la relación entre elector y representante se divorcia tras el proceso electoral, el régimen político rápidamente se deteriora.

El segundo gran tema que aborda es la disyuntiva entre el presidencialismo y el parlamentarismo, estableciendo que los países donde mejor funciona es allí donde existe modelos heterodoxos o reformados, así los presidencialismos moderados o los parlamentarismos atenuados, caso el Presidencialismo francés de la V República o el parlamentarismo alemán de la Ley Fundamental de 1949 han sido exitosos siendo híbridos. Aquí se apoya en Juan Linz, para sostener que el presidencialismo de EE.UU. y Latinoamérica sólo son iguales de nombre, más distintos en sus alcances y límites. El presidencialismo sudamericano, a pesar de sus sistemas electorales, es fuente de crisis periódicas, sino se refuerza con salidas parlamentarias regladas por la Constitución, como el voto de confianza al Presidente del Consejo de Ministros, el voto de censura, la estación de pregunta, entre otros.

Sartori plantea sus tesis del “avión con dos motores” para la gobernabilidad (Jefe de Estado + Jefe de Gobierno); así, la dinámica política es tensión y disenso, cuando el presidencialismo latinoamericano entra en crisis (su único motor: la Jefatura de Estado), se precipita hacia un colapso de todo el sistema; en tanto, el semi-presidencialismo (con dos motores) le da salidas constitucionales con el cambio del Jefe de Gobierno, adelanto de elecciones parlamentarias o conformación de nuevas coaliciones sin poner en riesgo la gobernabilidad. Un avión con un solo motor, la vez que falle es catástrofe segura; uno con dos, tiene alternativas institucionales posibles, sin necesidad de siniestrar el gobierno.

La preocupación central de Sartori es como preservar la democracia de las amenazas permanentes (la visión autoritaria, la corrupción política, el poder por decreto, la partidocracia, la reelección presidencial, la videopolítica y la manipulación electoral); pero a su vez, superando los mitos de que el parlamentarismo per se es superior al presidencialismo, el federalismo es me-

jor que el unitarismo o que bicameralismo es preferible a la unicameralidad. Existiendo variadas posibilidades de llegar a la gobernabilidad, siendo el reto descubrirlas y no soñarlas.

El mensaje de Sartori es actual: los países que evitaron la imitación institucional o la copia legal, fueron los que mejor aprendieron la pluralidad de caminos hacia una democracia constitucional duradera.