

ENTREVISTA AL DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

REALIZADA POR LA DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS

REDACCIÓN: ABRIL USCANGA BARRADAS¹



JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO es Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León desde 1994. Recibió el Premio de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales con ocasión del XXV aniversario de la Universidad de León. Posee la Orden del Congreso de Colombia en el Grado de Cruz de Caballero. Doctor honoris causa por varias universidades latinoamericanas. Miembro del comité editorial o el comité científico de revistas como *Rechtstheorie*, *Doxa*, *Droit et Société*, *Derechos y libertades* y numerosas publicaciones jurídicas y filosóficas de América Latina. Autor

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La redacción de la entrevista estuvo a cargo de Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Yuriria Maryem Domínguez Juárez y Ricardo Pérez Luna.

de más de dos centenas de artículos en libros colectivos y revistas españolas y extranjeras, así como artículos traducidos al portugués, el francés y el alemán. Ha publicado sobre temas de Filosofía y Teoría del Derecho, Filosofía política, Derecho penal, Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho administrativo, Derecho laboral, Derecho y cine, Derecho y literatura, entre otros.

ENTREVISTA AL DR. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Abril Uscanga Barradas: Muy buenas tardes, estimado Doctor Juan Antonio García Amado, muchísimas gracias por aceptar realizar esta entrevista.

Juan Antonio García Amado: Gracias a ti, querida Abril, por la consideración y la invitación.

AUB: Muchísimas gracias nuevamente, vamos a empezar esta conversación. Doctor, algo importantísimo que yo creo que debemos poner sobre la mesa, es el estado que tiene la Filosofía del Derecho con respecto del positivismo jurídico, la primera pregunta que nos hacemos muchos es ¿el positivismo sigue vivo? ¿El iuspositivismo sigue vivo o en qué momento estamos?

JAGA: Esa pregunta me recuerda a aquel fragmento de una obra clásica que decía: “Los muertos que vos matáis están bien vivos”. El positivismo jurídico no puede dejar de estar vivo por cuanto que dice que el Derecho que cuenta es el Derecho positivo; es decir, el Derecho puesto, el Derecho legislado en el más amplio sentido de la expresión legislar. Si no pensáramos en eso como el núcleo o el eje del Derecho, no tendría sentido que hablemos de un Estado de Derecho porque un Estado de Derecho es el que nombra nuestras Constituciones. El positivismo afirma que todo Derecho es artificial en cuanto a producto de actos de creación y que el Derecho dentro de cada sistema jurídico ha sido creado en ese sistema jurídico res-

pectivo. El positivismo jurídico dice que el Derecho es lo que es y que si una norma es Derecho lo es con independencia de los juicios o calificaciones que nos merezcan. Entonces, algunos nos definimos en los tiempos de hoy como positivistas por razones morales y políticas, no solo porque creemos que necesitamos identificar al Derecho por algunas propiedades que tenga sino porque además nos parece que hay que introducir la idea de legitimidad.

¿Para qué hacemos que nuestras Constituciones pongan en marcha todo el entramado de producción democrática de las normas, si después permitimos que vengan los jueces a decir que eso es solo una aproximación y que el verdadero Derecho es la moral verdadera? Quienes revelan al pueblo esa moral verdadera son los ministros de las Supremas Cortes. Así, los positivistas jurídicos ejercitamos un acto de resistencia civil y política frente a quienes quieren arrebatar al pueblo en democracia la producción de una ley que no solo sea legítima, sino también vinculante.

Entonces, ¿aún tiene sentido el positivismo jurídico? Mientras no se deroguen las Constituciones, sí. ¿Le queda futuro al positivismo jurídico? Tanto como le queda a la democracia, tanto como le queda al Estado de Derecho.

Dos pues ¿le queda futuro al positivismo jurídico?, tanto como le queda a la democracia, tanto como le quede al Estado de Derecho.

AUB: Ayer que estábamos conversando decías que los iuspositivistas son una especie en extinción, pero creo que en realidad no están tan extintos. De los más grandes representantes actuales de la teoría y filosofía jurídica, muchos son positivistas. No sé si quieras comentar algo al respecto.

JAGA: Habría que hacer un recorrido histórico, pero no tenemos tiempo para repasar toda la historia de la dialéctica, la dinámica de todas las tensiones entre corrientes positivistas y antipositivistas de la Teoría del Derecho, pero hay algunas cosas que conviene tener presentes. Habría que repasar a los grandes positivistas del siglo XX y ver su adscripción política, ver si son conservadores o

progresistas. En la España, durante la dictadura de Franco, había un positivista jurídico, Felipe González Vicent, que estaba medio marginado por el régimen debido a su adscripción teórica. Todos eran antipositivistas, todos eran iusnaturalistas.

En los tiempos del nazismo el positivismo jurídico era una doctrina rechazada, cuando algunos autores citaban a Kelsen, que era judío, lo citaban como “perro judío”, por eso aquella leyenda del positivismo que lo hace responsable de la decadencia jurídica del Derecho durante el nazismo.

Podríamos señalar hitos muy importantes en los cuales hubo una reacción antipositivista, contraria a un positivismo normativo de tipo kelseniano en la doctrina que ha sido funcional para poner límites a la soberanía popular y para que los poderes establecidos en cada Estado pudieran prevenirse ante eventuales reformas conseguidas por el pueblo por vía democrática y que se consideraban contrarias al Derecho natural, contrarias a la moral, contrarias a los valores.

El actual anti-positivismo y el actual neoconstitucionalismo a menudo tienen su origen en un movimiento alemán de finales de los años cincuenta que se llama “frecuencia de valores” y que fueron los primeros que dijeron que la Constitución verdadera no es lo que la Constitución dicen sino que la Constitución verdadera sin los valores constitucionales, estén o no expresados con claridad en el texto constitucional. Fueron los que dijeron que la Constitución es un orden objetivo de valores y que esos valores tienen efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento; ellos se estaban armando intelectualmente, consiguiendo herramientas con las cuales en el futuro pudieran declarar inconstitucional alguna norma que facilitara el divorcio, o alguna que limitara las grandes propiedades; sabían lo mismo que saben los neoconstitucionalistas latinoamericanos de hoy, son cómplices de los movimientos reaccionarios de estas sociedades pues saben que con el texto de las constituciones de nuestros países son posibles algunas reformas sociales inducidas por el pue-

blo. En consecuencia, vuelvo a mi tesis de antes: más nos vale que la resistencia política y teórica del iuspositivismo no se termine porque volverán a gobernarnos los de siempre aunque esta vez no se les vea tan claramente el alza de cuello.

AUB: Me parece una argumentación que nos deja reflexionando sobre la importancia de algo que a veces no es tan palpable porque pareciera para algunos nichos en la academia que en realidad el positivismo no es tan importante. Regresando a lo que señalabas sobre la época de la Segunda Guerra Mundial, quisiera preguntarte acerca de dos teóricos de esa época, Kelsen y Schmitt. ¿Por qué es importante entender la postura de estos dos teóricos?

JAGA: Es bien importante entender esas dos posturas por lo siguiente. Sostengo que todo el constitucionalismo viene de ahí, deriva de la República de Weimar y de la Constitución alemana de 1919. Ahí se plantean una serie de posturas, de visiones del Derecho y de la Constitución ligadas a actitudes políticas, a las ideas políticas de esos autores. Comienza a decantarse por un lado la actitud de quienes creen que el Derecho debe contener las normas básicas que guían a la sociedad y que lo que importa es establecer procedimientos democráticos para dotar de contenido a esas normas, hablo de posturas no autoritarias o no conservadoras o no tradicionalistas, eso era Kelsen. Por otra parte, están los autores y constitucionalistas que querían que el Derecho no fuera el reflejo de las preferencias sociales de los ciudadanos, sino que a eso se le pongan unos límites muy claros, se trata de poner guardianes no a la Constitución, sino al pueblo; habría que exaltar la democracia dentro de un orden que no iba a estar en la Constitución, sino que ese orden lo aplicarían los poderes políticos, ahí empieza una exaltación del poder.

En la República de Weimar en Alemania se dio esa Constitución de 1919 que fue la primera Constitución democrática y parlamentaria en un Estado que venía de una profunda tradición autoritaria por lo que esta Constitución era detestada por sus propios constitucionalistas pues consideraban que esa democrática Constitución no

unía al pueblo alemán bajo un designio común, sino que lo dividía y creaba facciones, trataron de sustituir dicha Constitución por modelos jurídicos y políticos que fueran lo menos democráticos posibles.

En ese contexto se hizo presente el constitucionalismo de Kelsen, cuya idea principal era: “Bien está lo que la Constitución dice, pero hay que protegerla para que sea efectiva, no pueden reírse de ella ni el legislador, ni el Poder Judicial, ni nadie”. Es decir, la Constitución podría ser muy amplia en sus términos, pero lo que en ella estuviera claro, debía ser aplicado y defendido. Se empieza a plantear entonces el problema del control de constitucionalidad porque sin el control constitucional de las leyes, no existiría la supremacía jerárquica de la Constitución; si el legislador pudiera convertir en ley cualquier cosa, aunque sea contraria a lo que la Constitución dice, entonces el valor de la Constitución sería puramente simbólico, pero no sería una norma efectivamente superior de la cual pudiera derivarse la nulidad de las normas inferiores que se le opusieran.

De ahí la polémica de Kelsen con Schmitt, porque Kelsen quiere buscar un modelo de control de constitucionalidad para la Constitución de Weimar, un modelo de control de constitucionalidad, ese modelo lo había inventado el propio Kelsen para la Constitución austriaca de 1920, que es el primer caso donde se crea un Tribunal Constitucional con funciones de control concentrado de constitucionalidad. Pero en la República de Weimar había dos Cortes Supremas, una que era el Tribunal del Estado y otra que era el Tribunal del Reich, pero ninguna tenía encomendadas funciones de control de constitucionalidad. Entonces Kelsen se cuestiona quién tiene que ser el guardián de la Constitución, ante lo cual su respuesta es que el control de constitucionalidad habría que dárselo a los jueces de los tribunales.

Frente a eso va a aparecer Carl Schmitt. La idea de Schmitt no era la de primacía de un Derecho democráticamente sentado como guía o límite para una sociedad, Schmitt era fanático del poder, estimaba que lo que aglutina a una sociedad es una sensa-

ción de pertenencia común, de sentirse nación, sentirse pueblo y regirse por un líder carismático, de ahí el valor que da a la idea de dictadura comisaria. Pero la gran pregunta es: ¿cómo afrontamos los momentos de intensa crisis social? Señala que para eso está el hombre providencial, el líder que encausa las energías del pueblo. Y ante la pregunta de quién debe ser el guardián de la Constitución discrepa por completo de la idea de Kelsen, pues propone que sea el propio presidente del Reich, lo cual hace basándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, en el cual se expresaba que el poder declarar el estado de excepción en ciertos momentos de alteración grave lo tenía el presidente del Reich. Pero eso lleva a una idea completamente distinta con la idea de Estado de Derecho porque eso es más bien el Estado de la Política, es decir, si la Constitución es un orden objetivo de valores que quiere dar voz a los supremos valores morales, el control de constitucionalidad viene a ser control de moralidad. Aquí se hace claro cómo es que esto acaba siendo el neoconstitucionalismo de hoy, mismo que proviene de un movimiento constitucional alemán de hace 80 años que tiene unas intenciones fuertísimamente conservadoras, y que hoy es lo mismo, pero cambiando algunas expresiones, es el mismo síndrome autoritario.

AUB: Voy a tratar de recopilar todo esto que has dicho. ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Creo que esa pregunta sigue vigente hasta el día de hoy. Hay dos textos que pueden ayudar a adentrarnos a esta conversación: “Schmitt y Kelsen en Weimar” y “La Constitución de Weimar”, de los cuales tú eres el autor. Estos nos sirven para entender el papel de cada uno de ellos en la República de Weimar, y para también comprender la carga valorativa que hay en ser positivista, ¿por qué crees que se da este efecto?

JAGA: Bueno hay varias cosas en lo que dices, esas obras mías a las que amablemente te refieres son por un lado una introducción que hice un libro de Kelsen que se llama “El Estado como integración”, obra en la cual Kelsen polemizó en aquellos tiempos con otro cons-

tucionalista de la época, Rudolf Smend. El texto sobre la Constitución de Weimar es una introducción que hice para una nueva edición de la Constitución de Weimar con motivo de sus 100 años.

Ahora toca hablar de Rudolf Smend. En el constitucionalismo alemán hay dos escuelas, se dice que todos los constitucionalistas alemanes vienen o de la escuela de Smend o de la escuela de Schmitt, ellos fueron los más influyentes después de que terminara la guerra en 1945, las facultades de Derecho se poblaron de constitucionalistas que eran seguidores de la obra de esos dos. Schmitt nunca recuperó su cátedra después de 1933, pues había sido extremadamente nazi, tiene un artículo que se traduce como “El führer protege el Derecho” que es una pura justificación de los asesinatos causada por los nazis en la llamada “noches de los cuchillos largos”. Schmitt era una persona profundamente inclinada hacia el poder autoritario, se volvió demasiado nazi y acabo siendo marginado por el propio Partido Nacional Socialista, llegó a quedar condenado en los tribunales de Nuremberg. Esto significa que el constitucionalismo alemán de posguerra proviene de personas que eran fuertemente autoritarias y nada amigas del Estado de Derecho y la democracia.

Volvamos a Smend, era un conservador luterano, se acabó dedicando más tiempo a la teología que al constitucionalismo o la Teoría del Derecho, pero en tiempos de Weimar se hizo famoso por su teoría de la integración. Lo que Smend decía es que la esencia de un Estado es un sentimiento de pertenencia y que, en consecuencia, hay personas que se sienten en comunión entre sí bajo señales que les identifican, y en ese sentido para Smend la Constitución tampoco importaba demasiado por su papel aglutinador, lo que Schmith resaltaba era la idea de pueblo, pero la veía con los lentes del poder, es un pueblo queriendo crecer, expandirse a través de la vía política que se emboca en la dictadura, sin ese sentimiento, el Estado se desintegra. Entonces, la Constitución para él no es la expresión política de una nación, sino que es un elemento más de los

que contribuyen a esa integración, de ahí que dijera Smend que lo más importante en un Estado son cosas tales como una bandera, el himno, las fiestas nacionales y que los artículos más importantes de una Constitución son los que hacen referencia a eso.

Entonces él va a decir que el mejor Estado que existía por Europa en ese entonces era el fascista italiano porque era grandioso ver a esos miles de personas desfilando uniformadas por las calles de Roma. Todo esto a Kelsen le producía urticaria intelectual, le parecían manipulaciones. ¿Por qué del constitucionalismo alemán de esos años solo quedan Schmitt y Smend? ¿Por qué nadie citaba a Kelsen? La respuesta es que no lo citaban porque era judío, porque era demócrata, porque aquellos constitucionalistas seguían con el rescoldo del nazismo y con aquella actitud conservadora y supremacista. Kelsen no reaparece en la doctrina jurídica y constitucional de Alemania sino hasta finales de los años 70 cuando alguien llamado Horst Trader hace una tesis doctoral sobre él y entonces Kelsen vuelve a un primer plano, a partir de entonces se considera que tiene sentido estudiar a Kelsen.

Pero tratando el punto de que incluso hoy existen académicos que atacan al positivismo, que desprecian a Kelsen, tengo dos opiniones sobre esto. Una es que actualmente la academia está repleta de profesores y profesoras que no tienen una vocación de docentes-investigadores, sino que quieren hacer uso de la academia para generar poder por lo cual dicen lo que creen que les va a dar mejor imagen; es decir, se está perdiendo la idea del académico resistente, del académico con voz crítica, sobre todo en el ámbito del derecho público, del constitucionalismo, pues quieren llevarse bien con los que mandan y no cuestionar las estructuras de poder establecidas.

El segundo punto es, si pensamos en el Derecho como lo que está en lo que dice la Constitución y sus interpretaciones posibles, y como lo que está en el Código Civil y en el Penal y en todos esos millones de normas, esa visión del Derecho cuando es así enseñada conlleva una síntesis para poder conocer al Derecho en su técnica,

más no para conocer de memoria las normas. Para poder manejar los conceptos con los que podemos ordenar y explicar el Derecho se necesita de mucho estudio, pero cuando alguien dice que el Derecho es la justicia y que lo que importa es estar bien, uno en realidad se está gestionando para sí mismo una postura extraordinariamente cómoda por la cual ya no hace falta estudiar, es decir, si el Derecho es el amor, basta la lírica, basta escribir poemas y decir a los estudiantes: “Miren, amigos, hoy les voy a enseñar derecho procesal constitucional. La acción procesal es un ejercicio más de afecto entre parte que prima facie no se quieren, pero que a través del proceso debería llegar a quererse”. Bueno, eso es lo pareciera que hoy se explica como Derecho, por eso luego nos quejamos sobre la forma en que el juez resuelve algún caso, pero es a este al que formamos diciéndole que no importa la legalidad, sino que solo importa un espíritu dummy que, al parecer, es el que se cultiva desde las facultades de Derecho.

AUB: Yo creo que lo has dicho de una forma que a mí me parece tremendamente clara, especialmente porque el contexto trasciende a un montón de problemas que tenemos en la actualidad. Quisiera preguntarte algunas cosas que voy a tratar de aglomerar porque nos queda muy poco tiempo. ¿Quiénes son los positivos actuales? ¿Hay algo que podamos llamar “neopositivismo”? ¿Podrías recomendarlos algún texto para leer algo de iuspositivismo serio?

JAGA: Bueno, acerca de los positivistas actuales a mí me gusta enumerar lo que llamo “la selección mundial de positivistas del siglo XX hasta hoy”. Todo comienza con Kelsen, luego hay un positivismo normativista, al mismo tiempo hay un positivismo empirista mucho más radical en las implicaciones filosóficas. En la posguerra se da el positivismo anglosajón de Hart, máximo representante; en Europa ocupa un cargo muy destacado Norberto Bobbio, y el gran positivista jurídico que renueva en el derecho continental esta doctrina es Luigi Ferrajoli, sin duda alguna. En Latinoamérica hay un

positivismo importante en aquel maestro recientemente fallecido que fue Eugenio Bollini, de su escuela derivan otros, como Jorge Rodríguez en Argentina.

Acerca de algún texto mío, por decir algo está en vías de editarse un pequeño manual que se llama “Teoría del Derecho”, ahí trato de sintetizar estas ideas a un nivel que pretende ser accesible para un público normal y para los estudiantes. Va a salir en la editorial “Eolas” en León, España.

AUB: Mi estado Juan Antonio García Amado, de verdad creo que nos hace falta tanto por hablar, tanto que dejar claro acerca de los conceptos básicos del Derecho, así que yo con todo gusto me acércate a ese libro que nos recomiendas. Te agradezco muchísimo todo, gracias por permitir esta entrevista el día de hoy.

JAGA: El placer ha sido mío, apreciada Abril, un gusto enorme estar aquí presente platicando contigo, y me quedo esperando una próxima oportunidad.

