

GESTACIÓN, RECEPCIÓN Y VIGENCIA: LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE KONRAD HESSE

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

I. 1967.—II. 1983.—III. SIGLO XXI.

Hace treinta años se publicó en España un pequeño volumen que contenía cuatro *Escritos de Derecho constitucional* de Konrad Hesse precedidos por una sobria nota introductoria a cargo del editor, Pedro Cruz Villalón (1). La obra se reedita en 2011 con el mismo título, pero notablemente ampliada; incluye seis textos más, casi todos ellos inéditos en castellano (2). Como coeditor figura ahora Miguel Azpitarte, que ha traducido cinco de esos trabajos y redacta un extenso epílogo bajo el título «Konrad Hesse en el siglo XXI». La ocasión parece propicia para preguntarse por el significado de la obra de Konrad Hesse en tres momentos diferentes: el de su gestación en las primeras décadas de la Alemania de Bonn, el de su incorporación a España en 1983 y, finalmente, el de la Europa y el mundo de esta segunda década del siglo XXI.

(1) Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1983, XXVIII+112 págs., «Introducción» y traducción de Pedro Cruz Villalón, 2.ª ed. de 1992, donde se actualizan los dos primeros textos, que se corresponden con capítulos de su célebre manual, conforme a su edición más reciente, entonces la decimoctava (1991).

(2) Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, FCJE-CEPC, 2011 (reimpreso en 2012), 282 págs., selección y traducción de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte, «Introducción» de Pedro Cruz Villalón y «Epílogo» de Miguel Azpitarte.

I. 1967

La célebre *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, la Asociación de profesores alemanes de Derecho del Estado, se reconstituye en 1949 sobre los escombros a los que el régimen nacionalsocialista había reducido la doctrina jurídica (3). Durante cierto tiempo no le resulta fácil procesar su relación con la Ley Fundamental, adoptada ese mismo año en un contexto político extraordinariamente difícil. Se movía inicialmente entre el distanciamiento despectivo del que hacían ostentación los muy influyentes, pero escasos discípulos de Carl Schmitt (Ernst Forsthoff, Werner Weber...) y la recepción más o menos rutinaria de la mayoría del profesorado. El Tribunal Constitucional alemán tampoco contó en un primer momento con el reconocimiento de la academia: de un lado, parecía dejar resuelta en un sentido muy preciso, y no justamente el preferido por la mayoría de los estudiosos, la disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre la defensa de la Constitución; de otro, los iuspublicistas que inicialmente se integraron en él (Leibholz, Friesenhahn, Draht...) no podrían considerarse representativos de las tendencias doctrinales dominantes; y, sobre todo, alguna jurisprudencia temprana, por ejemplo la sentencia de 1953 sobre la discontinuidad de la función pública tras la derrota militar, generaba una indudable desazón. Que en esas condiciones terminara fructificando el *patriotismo constitucional* requiere alguna explicación (4); identificar el milagro económico con la vigencia de la Ley Fundamental no es suficiente para comprender el giro operado en el seno de la propia doctrina.

La primera fase del constitucionalismo alemán de la postguerra ha sido interpretada comúnmente a partir de la tensión intelectual entre Schmitt y Smend (5), dos de las grandes figuras de Weimar que permanecieron en Ale-

(3) Fundamental sobre ello y, en general, para todo cuando se dice en este primer apartado, Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Vierter Band 1945-1990*, München, C. H. Beck, 2012, págs. 82 y sigs. para los primeros pasos de la Asociación tras la guerra, págs. 122 y sigs. para las primeras posiciones doctrinales acerca de la Ley Fundamental, págs. 145 y sigs. sobre la formación del Tribunal Constitucional, su composición inicial y sus primeros pasos, págs. 356 y sigs. sobre Rudolf Smend y su teoría de la integración...

(4) Cfr. Dieter GRIMM, «Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy», en *TRC*, núm. 25, 2010, págs. 263 y sigs.; también su texto «Integración por medio de la Constitución – Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización», *TRC*, núm. 15, 2004, esp. págs. 63 y sigs.

(5) Desde tal perspectiva Frieder GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München, R. Oldenbourg, 2004, con muy rico aporte informativo: sobre las primeras posiciones doctrinales acerca de la Ley Fun-

mania durante el régimen nacionalsocialista, si bien con muy diferente protagonismo, y quizá las únicas que tras la guerra mantuvieron intacta su influencia. Heller y Kelsen, como es sabido, hubieron de emigrar; el primero murió en Madrid sin dejar en Alemania una escuela significativa, el segundo se instaló en los Estados Unidos y permaneció largo tiempo relegado en la doctrina alemana. Pronto fallecieron también Triepel o Radbruch. Casi todos los demás juristas de importancia en aquellos años de postguerra años pueden ser considerados, sin forzar demasiado su posición, en la línea de polarización Schmitt-Smend. Éstos, sin embargo, se mantenían relativamente apartados del primer plano, tanto en publicaciones como en intervenciones, aunque conservaran toda su autoridad: Schmitt como polo de atracción en las célebres peregrinaciones a Plettenberg y a través de su amplia correspondencia, ahora ya bien conocida; Smend mediante sus celeberrimos seminarios de Göttingen y con apariciones públicas tan ocasionales como significativas, por ejemplo como encargado de pronunciar la lección magistral con ocasión del décimo aniversario del Tribunal Constitucional.

Nada en la Ley Fundamental parece conforme a los paradigmas schmittianos del Estado liberal de Derecho y del decisionismo plebiscitario. No resurge un Estado burgués, sino que se impone el Estado social, por más que ForsthoFF cuestione abiertamente su status constitucional; el régimen parlamentario y las garantías del Estado de Derecho no se corresponden con las idealizaciones schmittianas, pero la profecía de la crisis tampoco se materializa. Y el pueblo alemán, dividido en dos Estados, tampoco se puede identificar como unidad presupuesta y sustancial, sin que surjan por ello conflictos existenciales que hayan de ser decididos mediante el liderazgo carismático y el estado de excepción. La *Teoría de la Constitución* de Schmitt ya no puede seguir siendo el texto de referencia para analizar la realidad constitucional alemana.

Por su parte, el texto clásico de Smend, con sus deliberadas ambigüedades y su distancia respecto del Derecho positivo, tampoco resultaba adecuado para interpretar un contexto constitucional completamente transformado por la vigencia de la Ley Fundamental. Él mismo había matizado algunas de sus tesis en las voces «teoría de la integración» (1956) e «integración» (1966) de

damental (págs. 77 y sigs.) y del Tribunal Constitucional (101 y sigs.), sobre los grupos formados en torno a Schmitt (págs. 112 y sigs.) y Smend (págs. 159 y sigs.), sobre los nuevos desarrollos doctrinales surgidos en el entorno de este último (págs. 243 y sigs.)... Cfr. también Oliver LEPSIUS, «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal», *Historia Constitucional (revista electrónica)*, núm. 9, 2008.

sendos diccionarios especializados (6). Pero sin duda era necesario actualizarlas y desarrollarlas de conformidad con la nueva situación constitucional. Porque la jurisprudencia valorativa del Tribunal Constitucional, que amplía la protección del libre desarrollo de la personalidad (caso Elfes, 1957) y proyecta las libertades constitucionales sobre las relaciones entre particulares (caso Lüth, 1958), impone entretanto una nueva concepción de las relaciones entre Estado y sociedad determinada por la vigencia de la Constitución (7). El Estado social y democrático de Derecho parece asentarse. En estas circunstancias, que subrayan las posibilidades del acuerdo y la integración social a partir de unos valores compartidos y a través de procesos y garantías constitucionales, incluida la propia jurisdicción constitucional, se aprecia hasta qué extremo las posiciones de Smend admiten ser moduladas en un sentido más abierto, pluralista y democrático.

Cuando las posiciones del grupo formado en torno a él se consolidan en tal sentido comienza a plantearse la conveniencia de redactar un texto programático que pueda competir con la *Teoría de la Constitución* de Carl Schmitt. Pues el manual de Theodor Maunz, hegemónico en la enseñanza de la asignatura desde su primera edición de 1951 por su perfil meramente informativo y equilibrado, estrictamente convencional, era incapaz de acuñar la mentalidad jurídica del lector; bajo el texto se ocultaba, por lo demás, un autor que, como se supo tras su muerte, no había renunciado tras la derrota de Hitler a difundir, si bien bajo seudónimo, ideas extremistas (8). Un nuevo manual de referencia planea primeramente Ulrich Scheuner, colega de Smend en Göttingen y figura sin duda dominante en la *Vereinigung*; pero sus publicaciones se orientaban preferentemente hacia formas más breves, de modo que renuncia finalmente al proyecto. Será Konrad Hesse el encargado de llevarlo adelante.

(6) Rudolf SMEND, «Integrationslehre», en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band V*, Stuttgart (Gustav Fischer), Tübingen (J. C. B. Mohr-Paul Siebeck) y Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht), 1956; «Integration», en Hermann KUNST y Siegfried GRUNDMANN (eds.), *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart, Kreuz Verlag, 1966.

(7) Sobre la posición del Tribunal Constitucional a los sesenta años de su puesta en marcha, con amplias referencias a su trayectoria histórica, veáanse, de un lado, Michael STOLLEIS (ed.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, C.-H. Beck, 2011; de otro, Matthias JESTAEDT, Oliver LEPSIUS, Christoph MÖLLERS, Christoph SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Suhrkamp, 2011. Para la concepción de los derechos desde la perspectiva de los valores y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional, cfr. por todos Michael STOLLEIS, *op. cit.* en nota 3, págs. 216 y sigs.

(8) Cfr. de nuevo Michael STOLLEIS, *op. cit.* en nota 3, págs. 63 y sigs., sobre Theodor MAUNZ, págs. 142 y sigs., sobre su manual, al que vuelve en págs. 488 y sigs. para contrastarlo con los *Grundzüge* de Hesse.

Sus *Gundzüge*, editados por primera vez en 1967 (9), fueron redactados en estrecha colaboración con algunos discípulos inmediatos, en especial Alexander Höllerbach, Peter Häberle y Friedrich Müller, y con su colega de la Universidad de Friburgo Horst Ehmke, también asiduo a los seminarios de Smend en Göttingen. Todos ellos, por lo demás, habían destacado ya con publicaciones significativas, por ejemplo Hollerbach con su respuesta de 1960 a los lamentos de Forsthoff (y Schmitt) sobre el ocaso del Estado de Derecho bajo la jurisprudencia valorativa de Karlsruhe (10), Ehmke con su ponencia sobre los principios de la interpretación constitucional en la célebre sesión de la *Vereinigung* en 1961 (11) y Häberle con su tesis sobre la concepción institucional de los derechos (12), percibida por algún discípulo de Schmitt como el más perverso ataque a las posiciones de su maestro: el más perverso precisamente por ser el más inteligente, habiendo sido Hesse el «afilador» de las provocadoras tesis del joven autor (13). Friedrich Müller, por su parte, había culminado en 1966 su habilitación con el libro *Normstruktur und Normativität* (14), iniciando así, al amparo de la hermenéutica de Gadamer, un largo camino de depuración que lo ha convertido en la referencia fundamental de la metodología jurídica alemana (15).

(9) Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1967, vigésima y última edición de 1995.

(10) Alexander HOLLERBACH, «Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?», *AöR*, núm. 85, 1960, págs. 241 y sigs.

(11) Horst EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *VVDStRL*, núm. 20, 1963, págs. 53 y sigs.

(12) Peter HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1962 (3.ª ed. ampliada, Heidelberg, C. F. Müller, 1983). No menos decisivos resultarán otros trabajos posteriores, citemos sólo «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL*, núm. 30, 1972, págs. 43 y sigs., y *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts., Athenäum, 1980. Cfr. Miguel AZPITARTE, «Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, págs. 345 y sigs.

(13) Frieder GÜNTHER, *op. cit.*, pág. 255.

(14) Friedrich MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966.

(15) Sobre su relevancia y también su significativa evolución cfr. Hasso HOFMANN, *Rechtsphilosophie nach 1945. Zu Geistesgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, págs. 40 y sigs. En castellano están disponibles sólo algunos de sus estudios más tempranos: Friedrich MÜLLER, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», *REDC*, núm. 27, 1989, págs. 111 y sigs., y *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2006.

El propio Hesse era también autor de contribuciones fundamentales en el ámbito del Derecho constitucional: el principio de igualdad, la fuerza normativa de la Constitución y el Derecho de excepción, la posición constitucional de los partidos políticos, el Estado de Derecho y el federalismo habían sido abordados con su particular estilo, conciso y orientado hacia lo esencial. Sólo unos pocos temas, siempre centrales, se añadirán más adelante a esta relación de intereses (la jurisdicción constitucional, el significado y alcance de los derechos fundamentales, la relación entre Derecho constitucional y Derecho privado). Conforman así una bibliografía de muy limitado volumen y, al mismo tiempo, enorme influencia (16), lo que en verdad se corresponde con una personalidad a la vez discreta y decisiva (17).

Los *Grundzüge* de Hesse son un manual singularísimo, tan profundo como sintético (18). La pretensión, como nos transmite Pedro Cruz en su introducción, no es ofrecer al lector un panorama convencional de saberes estandarizados acerca del Derecho vigente, aunque los rasgos fundamentales de éste quedan expuestos con el máximo rigor; la información relevante se actualiza en cada edición. Se trata, más bien, de articular sobre el Derecho constitucional positivo la teoría de la Constitución que objetivamente le conviene. De este modo, la Constitución ya no será un saber adjetivo frente a un mundo, el del Derecho y el Estado, que había de considerarse presupuesto, como dato o como problema; sino que le corresponde una centralidad nueva, en cuanto norma fundacional del Estado [sólo hay tanto Estado como la Constitución determina, dirán Arndt y Häberle (19)] y determinante del ordenamiento jurídico en su conjunto y hasta de la misma concepción del Derecho (20).

Está claro que un texto de este porte no agota su eficacia en la docencia de una asignatura, sino que conforma de modo peculiar los fundamentos del pensamiento jurídico. Por eso su trascendencia en Alemania va más allá de su uso

(16) Cfr. Peter HÄBERLE y Alexander HOLLERBACH (eds.), *Bibliographie - Konrad Hesse*, Heidelberg, Müller, 1999.

(17) Cfr. la evocación de su personalidad por parte de Peter HÄBERLE, «Zum Tod von Konrad Hesse (1919 bis 2005)», *AöR*, 2005, págs. 289 y sigs., en castellano en *RDCE*, núm. 3, y en la nota necrológica a cargo de Antonio López Pina publicada por el diario *El País* del 20 de abril de 2005.

(18) Cfr. Alfred RINKEN, «Die "Grundzüge" von Konrad Hesse als Lehrbuch», *AöR*, núm. 57, 2009, págs. 527 y sigs.

(19) Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 3. aktualisierte und erweiterte Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2005, pág. 35, con referencia a los antecedentes de la fórmula en Arndt y Smend.

(20) Cfr. Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, «Nota sobre el Derecho Constitucional como nuevo "Derecho común"», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, págs. 37 y sigs.

como texto de apoyo para la enseñanza: ha configurado la formación jurídica de generaciones de estudiantes y profesores. La peculiar *fuerza normativa de la Constitución* alemana, que Hesse ya en 1956 hacía depender de la voluntad de Constitución de los sometidos a ella, y en particular «de los responsables de la vida constitucional», resultó orientada de un modo muy preciso por el propio Hesse, que determina la conciencia de la comunidad de operadores jurídicos; la asunción por su parte de las reglas de reconocimiento del Derecho, en buena medida condensadas en la Constitución, constituye un elemento indispensable, dirá Hart, para la propia subsistencia del ordenamiento.

No resulta exacto, por tanto, suponer que el paso de la precaria Ley Fundamental de 1949 a la Constitución capaz de sintetizar el nuevo patriotismo fuera simplemente acompañado por una ciencia consagrada a glosar de forma más o menos rutinaria la jurisprudencia constitucional. Aunque tan acomodaticia orientación pudiera resultar entonces mayoritaria, carecía del impulso necesario para resultar determinante. No es ése tampoco el verdadero sentido de la crítica dirigida en Alemania al llamado *positivismo jurisprudencial*. De hecho, en los años iniciales de la República de Bonn el positivismo que encarnaban Anschütz y Thoma, junto con, por ejemplo, Walter Jellinek, había quedado relegado, mientras que el llamado *renacimiento del iusnaturalismo* sedujo incluso a Hans Nawiasky; el predicamento de Kelsen se mantuvo durante muchos años reducido al ámbito austríaco. La crítica de aquel momento se dirigió más bien contra la jurisprudencia valorativa del Tribunal, y precisamente en nombre de una idea del Estado de Derecho, la propagada por Carl Schmitt, que sería imposible disociar del positivismo clásico (21). Decisionismo y positivismo confluían así

(21) Bernhard SCHLINK, «Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat*, núm. 28, 1989, págs. 161 y sigs., observa que, cuando llegó la hora de la codificación, el positivismo científico se tornó, en las diversas ramas jurídicas, en positivismo legal, y hubo de buscar su lugar entre el seguimiento y el dominio de las leyes, entre el respeto y la distancia crítica respecto de los tribunales. En el campo del Derecho político, sin embargo, la ciencia mantuvo largo tiempo intacta su autoridad dogmática, con frecuencia capitulando, sin embargo, frente a la práctica política. Con la aparición del Tribunal Constitucional, dice Schlink, precisamente la argumentación a su juicio libre, típicamente no positivista de éste habría permitido a la ciencia continuar su juego aparente, protegida por el extendido consenso antipositivista. Ahora bien, la referencia a su jurisprudencia se habría convertido en su opinión en inevitable como único recurso para no disolver la argumentación en arbitrariedad: se impone atenerse, ya que no a un positivismo de la ley, a un *positivismo del Tribunal Constitucional*. Dicho paradójicamente: «cuanto más diversa y diferenciadamente quepa argumentar sin que la permisiva *lex artis* resulte dañada, más decisivo resultará el modo en que ha argumentado y decidido la autoridad del Tribunal Constitucional» (pág. 169). Sólo un desarrollo autónomo de los métodos y de la dogmática, justamente en la línea de la tradicional ciencia jurídica orientada hacia la generalidad, la consistencia y la sistemática, colocaría al Tribunal Constitucional en la necesidad de reorientar su jurisprudencia.

en la crítica a la Ley Fundamental y a la jurisprudencia de Karlsruhe, mientras que otros, precisamente los discípulos del antipositivista Smend, proponían una alternativa capaz de atribuir sentido al proyecto constitucional de Bonn.

II. 1983

En 1983 los *Grundzüge* de Hesse, ya entonces en su edición decimotercera, continúan en la cumbre de su prestigio. El manual de Ekkehard Stein (1968), de inspiración *helleriana*, tenía pretensiones estrictamente didácticas; pero también quedan lejos de alcanzar un relieve equiparable al de los *Grundzüge* los textos posteriores y más ambiciosos, con orientaciones muy diferentes entre sí, de Karl Doehring (1976) y Erhard Denninger (1973/1979).

Konrad Hesse era desde 1975 Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. Allí asume una posición igualmente destacada, en particular como ponente de las sentencias en materias tan sensibles para el proceso democrático y la teoría de los derechos fundamentales como la libertad de expresión y los medios de comunicación. Debe recordarse que Hesse y Ehmke habían sido de los pocos iuspublicistas que habían asumido públicamente la defensa de la libertad de prensa en el célebre conflicto que enfrentó en 1962 al semanario *Der Spiegel* con el Ministro de Defensa Franz-Josef Strauß y el canciller Adenauer. Y quizá pueda mencionarse también que la misma responsabilidad como ponentes en tales materias asumen sus sucesores en el Tribunal Constitucional, Dieter Grimm y después Wolfgang Hoffmann-Riem, dos eminentes iuspublicistas cuya relevancia pública sigue siendo hoy notabilísima en Alemania.

En ese momento introduce Pedro Cruz en España el pensamiento de Konrad Hesse mediante una inteligente selección de su obra. En los *Escritos de Derecho constitucional* entonces editados se incluyen diáfanas traducciones de los dos primeros capítulos del manual, «Concepto y cualidad de Constitución» y «La interpretación constitucional», y de otros dos textos que se presentan como complementarios de ellos, «La fuerza normativa de la Constitución» y «Límites de la mutación constitucional». La introducción del editor ofrece una primera aproximación al sentido de cada uno de los trabajos, con una discreción sólo

Al seguimiento positivista de su jurisprudencia opone Schlink, pues, la dogmática de raíz positivista. Cfr. también Matthias JESTAEDT, «Verfassungsgerichtspositivismus», en Otto DEPENHEUER *et alii* (ed.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002, págs. 183 y sigs., en España Pedro DE VEGA, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», *TRC*, núm. 1, 1998, págs. 65 y sigs.

comparable a la trascendencia objetiva que debe atribuirse al volumen en el contexto de los debates doctrinales de la época.

El discurso antiliberal del franquismo, que le impedía identificarse con la tradición constitucional, había facilitado que la mayor parte de la doctrina española del Derecho político mantuviera las Leyes Fundamentales al margen de sus estudios «constitucionales» (22). Éstos se reconducían así hacia el Derecho constitucional comparado o hacia concepciones no normativas de la Constitución, sean las tradicionales del siglo XIX, sean las formuladas en los debates de Weimar, que se preguntaba especialmente por el modo de generar y articular la unidad política sin que fuera siempre decisivo el papel que al respecto pudiera desempeñar la normatividad jurídica. Pero, una vez aprobada la Constitución española, el arsenal teórico de Weimar resulta insuficiente para comprender su significado y alcance. El texto de Eduardo García de Enterría sobre «La Constitución como norma jurídica» (23), dejando aquí al margen sus presupuestos explícitos y algunos desarrollos concretos, supone un aldabonazo que llama la atención sobre la proyección normativa del texto recién aprobado.

Los años 1978 (aprobación de la Constitución) y 1981 (puesta en marcha del Tribunal Constitucional) coinciden con la aparición de sendas revistas que catalizaban la orientación del emergente Derecho constitucional español. La *Revista de Derecho Político*, dirigida desde la UNED por Óscar Alzaga, sirve de soporte al ya célebre *debate metodológico* protagonizado por Eduardo García de Enterría y Pablo Lucas Verdú (24); y también, por ejemplo, al no menos clásico, aunque más técnico, que suscita la personalidad jurídica del Estado, también a propósito de las posiciones al respecto de García de Enterría y con intervención, entre otros, de Luis López Guerra, Laureano López Rodó, Juan Al-

(22) Quizá la excepción principal estuvo en Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, *La Constitución española*, Madrid, Editora Nacional, 1969, cuyo sentido como «espejo de príncipes» se explica definitivamente con su libro posterior *El lugar de la Ciencia Política*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad, 1981. Testimonio del modo en que los profesores de Derecho político percibían el análisis jurídico de las Leyes Fundamentales proporcionan veinte años después de la entrada en vigor de la Constitución Jorge de Esteban en su respuesta a la «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional», *TRC*, núm. 1, 1998, págs. 19 sigs., y la réplica de Francisco Rubio Llorente en la carta al director de la Revista que encabeza su contribución a la «Encuesta sobre la dinámica del sistema autonómico», *TRC*, núm. 3, 1999, págs. 21 sigs.

(23) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2-3, 1979, págs. 291 y sigs., luego incluido en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, 4.^a ed. de 2006.

(24) Cfr. la valoración sobre su alcance y actualidad en las respuestas de Manuel Aragón, Carlos de Cabo, Jorge de Esteban, Ángel Garrorena, Luis López Guerra e Isidre Molas a la primera pregunta de la «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional» que abre la revista *TRC*, núm. 1, 1998, págs. 17 sigs.

fonso Santamaría Pastor (25)... Debates de intensidad comparable serán en adelante infrecuentes en la doctrina española del Derecho constitucional (podrían mencionarse acaso los mantenidos sobre la ley orgánica, acerca del sentido del recurso de amparo, en torno a las declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía...); y, a diferencia de lo ocurrido en el Derecho administrativo a comienzos de la década de 1990, apenas se proyectarán sobre los fundamentos metodológicos. En aquel momento, sin embargo, la revista tiene la oportunidad de expresar la dialéctica entre continuidad y ruptura con la trayectoria de la disciplina. López Guerra ha dicho que el debate metodológico antes señalado estaba de hecho resuelto en 1982, casi antes de comenzar (26); pero hay que recordar que ni siquiera en 1984 fue pacífica la división de las cátedras ya existentes en dos áreas de conocimiento diferenciadas, *Derecho constitucional y Ciencia Política*.

Es indudable, en cualquier caso, que la Constitución encierra, al menos también, normatividad jurídica; y quien siembra normatividad, ha recordado Matthias Jestaedt, recoge jurisprudencia, al menos en la medida en que haya optado por una jurisdicción especializada para interpretar y aplicar la Constitución (27). Tal jurisprudencia forma parte, de modo indisputable, del contenido del Derecho constitucional. La *Revista Española de Derecho Constitucional*, dirigida desde su fundación en 1981 hasta hoy mismo por Francisco Rubio Llorente, se esfuerza en sus inicios por dedicarle la atención que merece entre la doctrina académica, apoyando así la consciente labor pedagógica del primer Tribunal Constitucional.

Pero la nueva situación hacía preciso dotar a la normatividad constitucional del estatuto teórico que le correspondía de acuerdo con sus nuevas pretensiones. Las consideraciones históricas e ideológicas de García de Enterría resultaban insuficientes al efecto, y tampoco se orientaban en tal sentido las matizaciones y diferenciaciones que ofrecen Rubio Llorente, apoyado en Scheuner para categorizar las normas jurídicas materiales contenidas en la Constitución (28), o Alejandro Nieto, al subrayar las peculiaridades jurídicas de la norma consti-

(25) De nuevo ya con cierta perspectiva puede leerse Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992, con la viva réplica de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público», *RAP*, núm. 128, 1992, esp. págs. 205 y sigs.

(26) Luis LÓPEZ GUERRA, en su respuesta a la mencionada «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional», *TRC*, núm. 1, págs. 26 y sigs.

(27) Matthias JESTAEDT, «Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was er ist», en Matthias JESTAEDT *et alii*, *Das entgrenzte Gericht*, *op. cit.*, págs. 79 y sigs.

(28) Francisco RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en AAVV, *La Constitución y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, IEF, 1979, págs. 51 y sigs.

tucional (29). Por eso cabe atribuir a los *Escritos de Derecho constitucional* de Hesse un papel similar en España al que habían desempeñado en Alemania sus *Grundzüge*. Y conviene subrayar aquí, una vez más, la inteligente selección de textos realizada por Pedro Cruz, que obliga a centrar la mirada justamente en la teoría de la Constitución. Porque, como él mismo dice en su «Introducción», el propósito de Hesse «es, ante todo, la “comprensión de la Constitución en su conjunto”»; y los capítulos traducidos son, en tal sentido, una «teoría de la Constitución del Estado democrático de Derecho (...) cuya validez supera, como decíamos, el ámbito del ordenamiento constitucional de la República Federal».

El planteamiento de Hesse es asumible en España en la medida en que, en sintonía con nuestra propia tradición, y como de nuevo dice Pedro Cruz, «muestra de forma especialmente relevante la constante imbricación de los problemas de “concepto” y “método”, de teoría y de interpretación constitucionales». El concepto de Constitución es determinado de forma funcional; la teoría de la Constitución se pregunta «“cómo debe comprenderse y desarrollarse la Constitución [...] a fin de poder cumplir su función en la vida de la Comunidad, la de cooperar a posibilitar y preservar la libertad y, en inmediata conexión con ella, la democracia”». La función, por lo demás, se desarrolla a través de la normatividad, lo que explica que, como se indica también en la introducción, «a partir de 1970 Hesse deje de referirse [...] a la “Constitución normativa”, para hablar de la “Constitución” pura y simplemente. Del mismo modo suprime la equívoca contraposición Constitución normativa-constitución “real”, refiriéndose, en lugar de a esta última, a la “realización” de la Constitución».

La incorporación de las tesis de Friedrich Müller sobre la estructura de la norma jurídica formaliza en términos plausibles la coordinación entre ambos polos y la conduce a través del proceso de interpretación, en el que se verifican los postulados complementarios de apertura y estabilización; sólo secundariamente entra en juego, frente a la concreción y la realización de la Constitución, la posibilidad de su reforma. Y así, aunque en tiempos inmediatamente posteriores se destaque en España, desde perspectivas diferentes, la polaridad entre interpretación y reforma (30) y se invoque también la necesidad de diferenciar

(29) Alejandro NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, núm. 100-102, págs. 371 y sigs.

(30) Pedro DE VEGA GARCÍA, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; Javier PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987. Cabe añadir, aunque sea sólo incidentalmente, que la resistencia de nuestra Constitución a ser adaptada a las circunstancias a través de las reformas, incluso cuando éstas parecerían exigibles (Carlos DE CABO MARTÍN, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003), ha terminado desequi-

la efectividad de la Constitución de su eficacia (31), tales consideraciones se sitúan ya en el marco de una nueva concepción de la normatividad de la Constitución. Pues el libro de Hesse había puesto también de manifiesto que la atención a la interpretación de la Constitución, y en concreto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en absoluto cancela las diferencias entre posiciones teóricas y metodológicas. Antes bien, como apunta Pedro Cruz en el prólogo, las posiciones más clásicas en materia de interpretación de la Constitución, que en polémica con Hesse mantiene en Alemania Ernst-Wolfgang Böckenförde (32) y que ya entonces Pedro Cruz identificaba en las tesis de Ignacio de Otto, evocan un «debate a fondo»; cuyo desarrollo, sin embargo, puede seguirse en el marco de la teoría de la Constitución normativa sin necesidad de recordar que Böckenförde se identifica como discípulo de Carl Schmitt, aunque el dato sea sin duda iluminador.

La recepción de Hesse en España, comenzada con tal fortuna, ha proseguido de forma continuada, no sólo mediante la asunción de sus posiciones, sino también con nuevas traducciones de textos suyos (33) o producidos en su entorno. Seguramente el hito más significativo en este sentido sea la publicación de una muy amplia selección de los capítulos que componen el formidable *Handbuch des Verfassungsrechts* de Benda, Maihofer y Vogel, en cuya segunda edición, decisivamente impulsada por Hesse, se basa el *Manual de Derecho Constitucional* editado en castellano por Antonio López Pina (34). Y quizá convenga sub-

librando las tensiones señaladas en términos difícilmente sostenibles; pero con ello nos movemos ya hacia el período de tiempo reservado para el siguiente epígrafe.

(31) José Juan GONZÁLEZ ENCINAR, «La Constitución y su reforma», *REDC*, núm. 17, 1986, págs. 373 y sigs.

(32) Ya en castellano en Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

(33) Dos se recogen en este libro: P. CRUZ VILLALÓN, «La Ley Fundamental y la unidad alemana: Una conversación con el profesor Konrad Hesse», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 3, 1991, págs. 7 y sigs., y «El Estado federal unitario», *RDCE*, núm. 6, 2006, págs. 425 y sigs. Cfr. además sus contribuciones en Antonio LÓPEZ PINA (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 49 y sigs., 126 y sigs. y 184 y sig.; *Derecho constitucional y Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995; «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», *TRC*, núm. 1, 1998, págs. 99 y sigs.; «El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, 2005, págs. 141 y sigs., «La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005, págs. 157 y sigs.

(34) Ernst BENDA, Werner MAIHOFFER, Hans-Jochen VOGEL, Konrad HESSE, Wolfgang HEYDE (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons-IVAP, edición, «*Prolegomena*» y traducción de Antonio López Pina, 1.ª ed. de 1996, 2.ª (con «Exordio» de Antonio López Pina y «Prólogo» de Miguel Ángel García Herrera) de 2001. Al propio Konrad Hesse correspon-

rayar asimismo que los *Escritos de Derecho constitucional* preparan el terreno para la nueva recepción de nuestro indiscutible clásico, Manuel García-Pelayo, a la sazón Presidente del Tribunal Constitucional y cuyo *Derecho constitucional comparado* se reedita justo al año siguiente, en 1984 (35). Pues la primera parte de esta obra, tras proponer su célebre tipología de los conceptos de Constitución y revisar tanto la tradición del positivismo decimonónico como los debates Weimar, desarrolla una concepción normativa de la Constitución apta para ser leída en continuidad con el libro de Hesse; algo no poco sorprendente si se tiene en cuenta que García-Pelayo escribe en la España de 1949.

Se puede decir, en definitiva, que la recepción de Konrad Hesse proporciona una teoría de la Constitución adecuada al contexto normativo e institucional de la Constitución española, a fin de cuentas encabezada por una proclamación de valores y garantizada mediante una jurisdicción constitucional dotada de un arsenal de competencias sólo comparable al del Tribunal Constitucional de Karlsruhe. Sus *Escritos* suponen un hito para la teoría española de la Constitución y de la interpretación constitucional.

III. SIGLO XXI

Miguel Azpitarte propone modestamente, en una nota a pie de página, articular la historia del constitucionalismo en tres fases, respectivamente determinadas en Europa por el origen de los textos («el Derecho constitucional de las revoluciones desde finales del siglo XVIII hasta 1849»), por la forma política dominante («el Derecho constitucional monárquico-liberal, hasta entreguerras») y por el tipo de Estado que se construye («el Derecho constitucional del Estado social y democrático de Derecho hasta la década de los noventa»), todas ellas con su paralelo en la historia constitucional norteamericana. Y se pregunta, en el texto correspondiente, «si nos encontramos ante el nacimiento de un nuevo

den la «Presentación» de la edición española (págs. XVII y sigs.) y los capítulos I («Constitución y Derecho constitucional», págs. 1 y sigs.) y III («Significado de los derechos fundamentales», págs. 83 y sigs.). El sentido del *Handbuch des Verfassungsrechts* se percibe especialmente mediante su contraposición con el *Handbuch des Staatsrechts* editado a partir de 1987 por Josef Isensee y Paul Kirchhof, cfr. las respectivas recensiones de Michael KLOEPFER, «Durch pluralistische Verfassungswissenschaft zum einseitigen Medienrechtskonzept (Bemerkungen zum *Handbuch des Verfassungsrecht der BRD* mit dem dortigen Beitrag von Hoffmann-Riem: "Massenmedien")», *Archiv für Presserecht*, 1983, págs. 447 y sigs., y de Helmut SCHULZE-FIELITZ, «Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahre Grundgesetz – in der Beleuchtung des Handbuchs des Staatsrechts», *Die Verwaltung*, 1999, págs. 241 y sigs.

(35) Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984.

ciclo»; teniendo en cuenta que «el mero encadenamiento temático» en los estudios académicos no es suficiente para descartarlo, pues se produce en un contexto profundamente transformado. Pero no se trata sólo de un cambio de ciclo en el Derecho constitucional, sino incluso de la pertinencia de mantenerlo como referencia: se plantea, pues, «si el Derecho constitucional es suficiente para entender», por ejemplo, «las realidades jurídicas paraestatales», si «son los conceptos del Derecho constitucional las herramientas adecuadas para comprender los nuevos fenómenos jurídicos». No es esta ocasión adecuada para esbozar una respuesta directa, aunque la pregunta se apoya sin duda en una formulación cuando menos plausible. Trataremos de analizar, más en concreto y ciñéndonos al objeto de este comentario, si las enseñanzas de Hesse siguen siendo provechosas en las nuevas circunstancias.

Y quizá interese comenzar señalando, a este respecto, que el propio Hesse renunció a partir de 1995 a reeditar su manual y apenas aportó nuevas publicaciones; algo que se debe interpretar no sólo como una inteligente retirada del primer plano determinada por la edad: la actitud estaba también ligada a la conciencia de que el tiempo adecuado a sus planteamientos ya había pasado. El autor atento a la *Constitución actual, individual y concreta*, particularmente sensible a las transformaciones que las nuevas circunstancias inducían en el ordenamiento constitucional, también sabía apreciar en qué medida sus construcciones dejaban de responder a una situación profundamente modificada. Ya en el curso de las ediciones del manual se podían ir apreciando sutiles desplazamientos en las posiciones del autor (36), también, por ejemplo, en las sucesivas versiones de su teoría de los derechos fundamentales, publicada autónomamente en 1978 en los términos que ahora recupera Miguel Azpitarte y reelaborada luego para las ediciones primera (1983) y segunda (1994), ésta también disponible en castellano, del ya citado *Handbuch des Verfassungsrechts*. Pero en los últimos años Hesse mostraba más interés por las innovaciones que tenían lugar en los ámbitos del Derecho administrativo y del Derecho europeo que por el devenir del Derecho constitucional, y seguía con gran atención las aportaciones de Dieter Grimm, cuyo relativo escepticismo sobre el futuro de la Constitución es conocido (37). En mayo de 1991, como recoge la entrevista con Pedro Cruz que se incluye en este volumen, Hesse anticipaba «que la Constitución del Estado nacional soberano, es decir, la de un sistema autónomo y autosuficiente, va a pertenecer a la

(36) Cfr. Roland GEITMANN, «Die “Grundzüge des Verfassungsrechts” von Konrad Hesse im Wandel ihrer Auflagen», *AöR*, 57, 2009, págs. 531 y sigs.

(37) También ya en castellano Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, págs. 175 y sigs.

historia, al igual que el Estado en el que se inserta, en un tiempo más o menos previsible»; y ocho años después, cuando estaba a punto de cerrarse el pasado siglo, concluía que «nos nutrimos con el ajuar de ideas de un mundo que ya no es el nuestro»; «el mundo del Estado nacional soberano [...] ha entrado en su ocaso. La Historia ha continuado su marcha alejándose de los terrenos donde arraigaba, que hasta ahora servían como sustrato seguro de la teoría del Estado y de la Constitución» (38).

Para responder a la pregunta planteada deben tenerse en cuenta en primer lugar, pues, las pretensiones de Hesse. En la medida en que se defina su teoría, en los términos antes recordados, como un instrumento para «posibilitar y preservar la libertad y, en inmediata conexión con ella, la democracia», la perennidad está asegurada. Pero atender exclusivamente a la generalidad del propósito conduciría a vaciar de contenido una construcción que justamente se pretende concreta. Su «teoría de la Constitución del Estado democrático de Derecho» puede ser aplicable más allá de la Alemania de Bonn (Cruz Villalón); pero no se convierte por ello en «una teoría general de la constitución que trasciende las particularidades de cada ámbito de aplicación», en cuya existencia cree Azpitarte «al menos en lo tocante a los problemas propios del Derecho constitucional y al método conceptual con el que se abordan». Definir el objeto y el método propios del Derecho constitucional a partir de un cierto tipo de problemas, y no de una situación histórica concreta, resulta en efecto plausible, pero no se corresponde con la posición fundamental de Hesse. Para él, objeto del Derecho constitucional era la Constitución; cuya función relativa a la libertad y la democracia sólo comprendía «en la vida de la Comunidad». El término resulta decisivo en el marco de los debates que alumbran su teoría: «la Constitución es el orden *jurídico fundamental de la Comunidad*». Ponía de relieve Pedro Cruz, en su introducción de 1983, cómo Hesse «pretende poner de manifiesto la insuficiencia del sujeto y objeto «Estado» en el constitucionalismo contemporáneo, así como la relativa invalidez de la tradicional separación Estado-Sociedad». Pero hoy merece la pena destacar también otro aspecto, y es que Hesse sigue con ello orientado hacia unidad política; en sus propias palabras: «objetivo a perseguir es la *unidad política* del Estado». Dice Miguel Azpitarte de Hesse que, «al igual que sus coetáneos, le ocupó la reinención del Estado sobre los rescoldos de una realidad política hecha añicos». Tal contexto histórico deter-

(38) Konrad HESSE, «Die Welt des Verfassungsstaates. Einleitende Bemerkungen zum Kolloquium», en M. MORLOK (Hrsg.), *Die Welt des Verfassungsstaates. Erträge des wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle aus Anlaß seines 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2001, pág. 13. Cfr. ya el prólogo de 1995 a la vigésima y última edición de los *Grundzüge*, pág. V.

mina, sin duda, la textura de la propia teoría, que suponía, lo dice Azpitarte, «una determinada teoría del Estado y un concepto de libertad».

Miguel Azpitarte alude al respecto a cuatro grandes factores de transformación: «la globalización jurídica, la fragmentación del proceso político, el tránsito del Estado social a la teoría de la regulación y la dimensión preventiva del Estado». Sus observaciones atañen, pues, de un lado a la identidad del Estado, de otro a sus funciones. En cuanto a las funciones del Estado, la procura de la igual libertad para todos se sustituye por la mera regulación de las condiciones de funcionamiento de un orden social y económico que se asume como presupuesto y por la prevención de los riesgos que puedan afectarle. Si es verdad que la garantía inmanente del Estado social y democrático de Derecho reside precisamente en su comprensión unitaria (39), la crisis del Estado social no puede por menos de poner en cuestión los postulados de la democracia y el Estado de Derecho (40). La identidad del Estado quiebra con la multiculturalidad y la fragmentación social, que impiden acudir a un referente no ya homogéneo, sino incluso susceptible de articulación como fundamento del poder público; y se disuelve en los procesos políticos y jurídicos de globalización, en la medida en que las fronteras pierden nitidez y el poder estatal su peculiar exclusividad. La superación del reto de la multiculturalidad depende de las posibilidades abiertas a la plena participación de todos en el proceso democrático y del papel de los derechos fundamentales como base permanente de la integración social, pero ésta nunca estará garantizada (41). La idea unificadora del Estado constitucional difícilmente puede afrontar los embates de la europeización y de la globalización (42). El Estado, una forma política de textura indudablemente histórica (43), ciertamente no se desvanece con la globalización, pero sí al menos se *contextualiza*; y del mismo modo se relativiza, aunque no desaparezca, el papel que desempeñan de las Constituciones estatales pretendidamente omni-

(39) Erhard DENNINGER, «Menschenrechte und Staatsaufgaben – ein “europäisches” Thema», *Juristen Zeitung*, 1996, págs. 587 y sigs.; «Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveränität», en la recopilación de escritos suyos titulada *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990, págs. 255 y sig., 265.

(40) Carlos DE CABO, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986, y «Democracia y Derecho en la crisis del Estado social», *Sistema*, núm. 118/119, 1994, págs. 63 y sigs.

(41) Cfr. Erhard DENNINGER, Dieter GRIMM, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007.

(42) Cfr. Anne PETERS, Mariano J. AZNAR, Ignacio GUTIÉRREZ (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

(43) Michael STOLLEIS, *La textura histórica de las formas políticas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.

comprendidas, cuya «pérdida de normatividad» constata puntualmente Miguel Azpitarte.

En definitiva: la Constitución normativa de los Estados democráticos, con su pretensión de legitimar, articular y limitar un poder soberano unitario e impermeable a través de un código normativo tendencialmente autosuficiente, es un fenómeno relativamente reciente y, quizá, pasajero. Todo ello explica que la Constitución normativa y la jurisprudencia constitucional, al menos en la versión de la dogmática alemana que ha terminado ejerciendo tanta influencia sobre la doctrina española, sean consideradas retrospectivamente en la propia Alemania como desarrollos unilaterales quizá un tanto hipertrofiados de un solo aspecto del fenómeno constitucional (44); que la Constitución ahora desdibujada evoque el retrato esquemático de un sujeto en busca y captura (45); y que tal búsqueda se emprenda precisamente en los ámbitos de lo simbólico (46). Es algo que el propio Azpitarte parece asumir, vinculando la pérdida de normatividad constitucional al oscurecimiento de «la narrativa de la interpretación» frente a la «demanda social de “constitucionalidad”»: la peculiar «función contemporánea de la Constitución» radicaría en «que, careciendo de un contenido normativo cierto frente al nuevo devenir social, no pierde, sin embargo, su fuerza simbólica». Todo esto conduce a una teoría de la Constitución que, más allá del Derecho, puede acabar convertida en una teoría de la *comunidad constitucional*.

Pero esa renovada concepción de la Constitución no ofrece un objeto firme para el nuevo Derecho constitucional; tampoco se logra refiriéndolo no ya a la Constitución normativa, sino a la realidad del Estado (47). Pues lo que precisa-

(44) Cfr. Christoph SCHÖNBERGER, «Der Aufstieg der Verfassung: Zweifel an einer geläufigen Triumphgeschichte», y Uwe VOLKMANN, «Der Aufstieg der Verfassung: Beobachtungen zum grundlegenden Wandel des Verfassungsbegriffs», ambos en Thomas VESTING y Stefan KORIOETH, *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, págs. 7 y sigs. y 23 y sigs. respectivamente, así como Christoph SCHÖNBERGER, «Anmerkungen zu Karlsruhe», y Oliver LEPSIUS, «Die maßstabsetzende Gewalt», ambos en Matthias JESTAEDT *et alii*, *Das entgrenzte Gericht*, *op. cit.*, págs. 11 y sigs. y 159 y sigs.

(45) Uwe VOLKMANN, «El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», *TRC*, núm. 21, 2008, págs. 187 y sigs.

(46) Cfr. Thomas VESTING, «Ende der Verfassung? Zur Notwendigkeit der Neubewertung der symbolischen Dimension der Verfassung in der Postmoderne», y Rainer WAHL, «Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung», ambos en Thomas VESTING y Stefan KORIOETH, *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, *op. cit.*, págs. 71 y sigs. y 355 y sigs., e incluso Ulrich HALTERN, «Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende», *AöR*, núm. 128, 2003, págs. 511 y sigs.

(47) Cfr. José Juan GONZÁLEZ ENCINAR, «Derecho del Estado y Ciencia del Derecho del Estado», *REDC*, núm. 41, 1994, págs. 333 y sigs.

mente está en cuestión es *la Constitución del Estado*. El Derecho constitucional venía determinado por *la* Constitución en singular, en términos que ponían en primer plano un tipo ideal determinado por la consideración integrada de todos sus aspectos y, en consecuencia, la correlación necesaria entre orden político unitario (*estatal*) y Constitución.

Con una perspectiva distinta, quizá quepa sugerir que el Derecho constitucional, de modo semejante a como el Derecho civil ha dejado ya hace tiempo de ser el Derecho del Código Civil, pueda por su parte cobrar autonomía respecto del Código constitucional. No serían entonces primariamente las normas y sus peculiaridades formales, sino los problemas reales o los principios ideales, quienes determinarían la identidad constitucional de una cuestión jurídica. Pues lo decisivo no es la unidad abstracta, sino que sigan existiendo garantías jurídicas eficaces de la libertad frente al poder, y también que se configuren de modo estable instituciones capaces de proporcionar ciertos servicios en beneficio de todos; lo decisivo no es siquiera el Estado democrático, sino que los individuos estén en condiciones de determinar de modo eficaz el sentido de las políticas públicas. Si los Estados y las Constituciones estatales contribuyen a ello, no lo harán del modo que les imputaba la clásica teoría del Estado y de la Constitución, como expresión de una soberanía identificada por su plenitud y su exclusividad, sino en el marco de una estructura plural y compleja de poderes y normas difícil de reconducir a unidad. Oliver Lepsius entiende que el eje de los problemas que se plantean actualmente, sea desde la perspectiva de la integración europea o con referencia a las tareas públicas, es el pluralismo (48). La teoría debe confrontarse a su juicio no con el Estado, ni siquiera con la formación de unidad o la integración política, sino con la legitimación del poder a partir de la soberanía popular y de la libertad y la igualdad individuales, así como con su organización mediante la determinación de los correspondientes sujetos, objetos y procedimientos en términos que atiendan a la creciente diferenciación y que, por tanto, no excluyan el conflicto (49).

Con ello se abre también la posibilidad de que el Derecho constitucional, sin menoscabo de las singularidades del documento constitucional vigente en

(48) Oliver LEPSIUS, «Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?», *EuGRZ*, 2004, págs. 376 y sig., 381. Significativamente, la legitimación de las instituciones supranacionales y el pluralismo en el seno del Estado constitucional son dos de los retos que plantea A. VOßKUHLE, «Die Renaissance der "Allgemeinen Staatslehre" im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung», *JuS*, 2004, págs. 6 y sigs., a lo que él prefiere seguir denominando teoría general del Estado o «nueva ciencia del Estado».

(49) Oliver LEPSIUS, «Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?», *op. cit.*, pág. 380.

un concreto Estado, sea capaz de trascenderlo. Porque las organizaciones supra e internacionales que ejercen poder político institucionalizado, en forma más o menos similar a los Estados, también se encuentran sometidas a vinculaciones jurídicas; que podrían cumplir, al menos de forma fragmentaria, funciones similares a las de un ordenamiento constitucional. Ello ha sido analizado con detalle para el caso de la Unión Europea, entre otros por el propio Pedro Cruz Villalón (50); y alguna doctrina internacionalista ya propone un análisis del Derecho internacional que tenga en cuenta la tradición teórica y los métodos específicos del Derecho constitucional (51) —por más que, desde luego, los principios que rigen esas relaciones internacionales estén lejos de responder satisfactoriamente y en su conjunto a los postulados que históricamente han determinado el Estado social y democrático de Derecho. El Derecho constitucional para la Comunidad internacional se postula como complemento del estatal, ahora sólo parcial e incluso fragmentario, y ofrece por su parte una imagen fragmentaria y parcial. El resultado final es que el mundo, en la medida en que se articula jurídicamente, lo hace mediante elementos constitucionales diversos de distinto alcance territorial enlazados mediante muy diferenciadas conexiones en una red de progresiva complejidad. Las Constituciones estatales sólo son concebibles como nódulos de esa red, tensa y siempre inestable, de relaciones estatales, supranacionales e internacionales (52). Anne Peters entiende que las ideas de unidad y totalidad retroceden en tales procesos de globalización y de diferenciación, con la consiguiente *incongruencia* de espacios y funciones constitucionales, que subsisten en forma de constituciones parciales complementarias (53).

Ante tal reconstrucción diferenciada, la atención se desplaza desde el «concepto de Constitución» hacia «los problemas constitucionales o el Derecho

(50) Pedro CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita*, Madrid, Trotta, 2004, así como Pedro CRUZ VILLALÓN (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, Fundación BBVA, 2006; cfr. también Luis María Díez-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.

(51) Cfr. especialmente Anne PETERS, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en Anne PETERS *et alii* (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, *op. cit.*, págs. 207 y sigs., y Jan KLABBERS, Anne PETERS y Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

(52) Rafael BUSTOS GISBERT, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, IVAP, 2005.

(53) Anne PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlín, Duncker & Humblot, 2001, págs. 165 y sigs.

constitucional» (54), que Christoph Möllers identifica en el ámbito de la legitimación democrática, la garantía de la supremacía y la formación de principios jurídicos orientados a la limitación del poder. El Derecho constitucional sería entonces no sólo un logro que ha de ser procesado en términos dogmáticos (55), sino un proceso de acumulación, transformación y diferenciación en el que deben identificarse los elementos susceptibles de ser transportados hacia el futuro (56), en el marco de un Derecho que sabemos cada vez más determinado por normas internacionales y menos sujeto a los postulados de unidad, plenitud y coherencia propios del Estado constitucional clásico. Pues, como señala Azpitarte, se ha abierto la duda de si un sistema político convertido en «una realidad difusa» hará «necesario aceptar que tal unidad ya no es un rasgo distintivo de nuestro derecho».

En el nuevo contexto, habría de analizarse la vigencia de las posiciones de Hesse desligándolas parcialmente de los presupuestos metodológicos e indagando sobre el acierto de las soluciones concretas. Pero recordemos que Peter Lerche precisó, en la bella conferencia pronunciada en la Universidad de Friburgo el 25 de noviembre de 2005 en memoria de Hesse, cómo destacaba la sabiduría metodológica de éste justamente en ese ámbito de lo concreto (57). Por ello resulta tan acertado recuperar ahora, al lado de los escritos que introdujo

(54) Christoph MÖLLERS, «Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa», en Armin VON BOGDANDY (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlín u.a., Springer, 2003, págs. 22 y sigs.

(55) Algunas dudas sobre el alcance y las posibilidades de la dogmática jurídica se plantean en Gregor KIRCHHOF, Stefan MAGEN y Karsten SCHNEIDER, *Was weiß Dogmatik?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

(56) Sea mediante la reforma del Derecho vigente, sea mediante su interpretación; con propuestas concretas en ambos sentidos para el ámbito de la Unión Europea Antonio LÓPEZ PINA, por ejemplo, en «Hacia la determinación constitucional del Derecho europeo», en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et alii* (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Madrid, Civitas, 2003, págs. 6396 y sigs.; «Derecho Europeo y principio constitucional de igualdad. El Tratado de la Unión ante la prueba de las tradiciones constitucionales», *RDCE*, núm. 4, 2005; «Estudio Preliminar», en *Los Tratados de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 2007; «Verfassungselemente in der supranationalen Ordnung der Europäischen Union», en D. TSATSOS (ed.), *Die Unionsgrundordnung. Handbuch zur Europäischen Verfassung*, Berlín, Berliner Wissenschaftsverlag, 2010, págs. 273 y sigs. En el mismo sentido algunos trabajos que he tenido el honor de firmar junto con él, como «Preservación de la Constitución, reforma de los Tratados», *Civitas Europa*, núm. 7, septiembre de 2001, págs. 71 y sigs.; *Elementos de Derecho Público*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

(57) Peter LERCHE, «Europäische Staatsrechtslehrer. Der Wissenschaftler Konrad Hesse», *JöR*, núm. 55, 2007, págs. 455 y sigs. Cfr. también Ernst BENDA, «Konrad Hesse: Bundesverfassungsrichter 1975-1987», *JöR*, núm. 55, 2007, págs. 509 y sigs.

Pedro Cruz en 1983, sus aportaciones al análisis de los problemas fundamentales que siguen ocupando al Derecho constitucional. Los capítulos sobre la democracia, el Estado federal y los derechos fundamentales recogen perspectivas de validez perenne referidas a la legitimación, la organización y la acción del poder público; las «observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y Sociedad» subrayan el carácter relativo de las grandes construcciones teóricas y, en todo caso, su orientación necesaria al servicio de la libertad en las circunstancias históricas del presente; las explicaciones sobre «los límites funcionales de la jurisdicción constitucional» ponen de manifiesto la articulada prudencia que Hesse asociaba a la dogmática. La entrevista que le hace Pedro Cruz en 1991, que cierra el volumen, no sólo recoge sus criterios sobre los aspectos jurídico-constitucionales de la entonces reciente reunificación de Alemania, sino que le da ocasión también para pronunciarse sobre aspectos problemáticos concretos en el marco de todos los grandes ámbitos que hemos enunciado. En este momento, sin embargo, no procede ya resumir o comentar tales cuestiones: resulta inexcusable para cualquier lector de estas páginas enfrentarse directamente al libro y proyectar sobre él sus propias preguntas.