

FUNDAMENTOS N.º 8

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General
del Principado de Asturias

2014

FUNDAMENTOS

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO	7
Autores	21

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ	57

SEGUNDA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	213

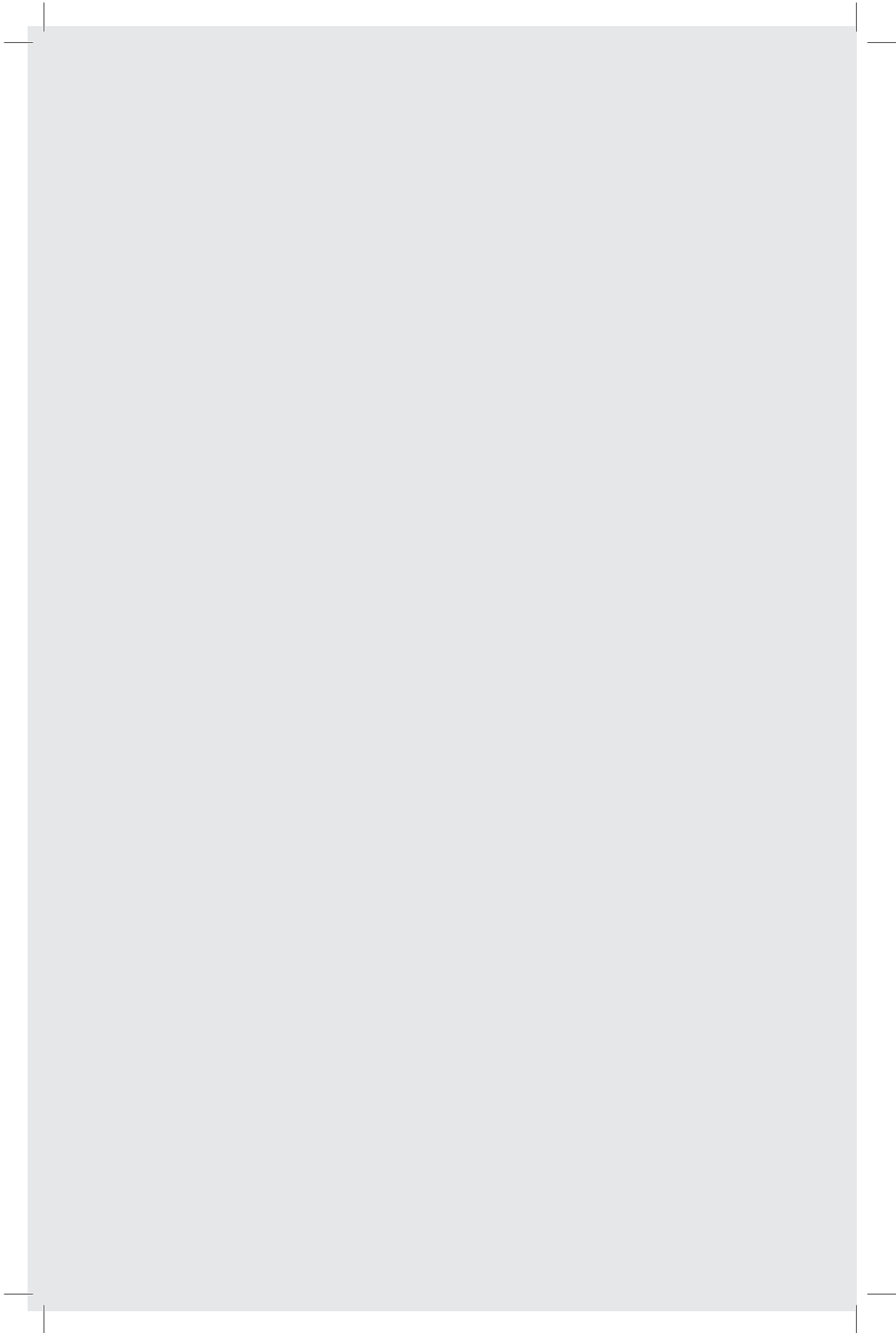
TERCERA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA	313
Il sublime dell'eccezione. MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA	355

DEBATES SOBRE LA METODOLOGÍA DEL
DERECHO PÚBLICO CON LA PERSPECTIVA DE LA
MULTICULTURALIDAD Y LA GLOBALIZACIÓN

Ignacio Gutiérrez Gutiérrez



La célebre «disputa sobre el método», que enfrentó a los más ilustres iuspublicistas de la República de Weimar, quedó apaciguada bajo la Ley Fundamental de Bonn y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe (I). Pero los debates en torno a los fundamentos del Derecho público se han reavivado en Alemania en las últimas décadas, hasta el extremo de alcanzar un cierto grado de institucionalización (II). Las nuevas propuestas responden, de modo ciertamente diferenciado, a los retos que cabe condensar apelando a la «globalización» y a la «multiculturalidad»; bajo su presión tiende a desintegrarse en pretensiones dispersas el gran proyecto constitucional del Estado social y democrático de Derecho, pero también en tal contexto se desarrollan múltiples procesos de juridificación e incluso de constitucionalización que trascienden el marco de los Estados. Ante tal panorama de elementos jurídico-constitucionales fragmentarios y asincrónicos, aquí se sugiere, con las debidas cautelas, que sean los conflictivos económicos, sociales, culturales y políticos, considerados desde la instancia crítica de los clásicos postulados ilustrados y emancipatorios, quienes determinen en cada caso la posible funcionalidad del Derecho (III).

I

La discusión sobre los métodos del Derecho público nos conduce, de modo casi inevitable, hasta Alemania. Desde los orígenes del constitucionalismo, no sólo los filósofos más preocupados por la cuestión del método, Kant o Hegel, abordan con detalle la inserción del Derecho en sus sistemas de pensamiento; también los juristas alemanes mantienen despierta la atención hacia los presupuestos metodológicos de la propia ciencia. Ello se concreta en el ámbito del Derecho público cuando Laband pone en pie,

sobre las bases metodológicas sentadas por von Gerber, la construcción dogmática que se ha considerado el «acta fundacional del Derecho público moderno» como ciencia.¹ Se trataba en aquel momento de conceptualizar la función legislativa en el contexto de un orden constitucional en formación: un tema que, en términos ciertamente diferentes, pero también entonces en una situación política convulsa y a partir de distintos entendimientos del sentido del Derecho, ya había centrado en 1814 la fundamental disputa sobre la codificación civil entre Thibaut y Savigny. Un siglo después de esta controversia estallaba la Gran Guerra, que supondría el final del II Imperio; en la inmediata República de Weimar, erigida sobre bases constitucionales totalmente nuevas y que nunca logró estabilizarse, la doctrina habría de plantearse una vez más cuál era el método adecuado para comprender eficazmente el quebradizo orden constitucional.

La célebre *disputa sobre el método* de los años de la República de Weimar resultó decisiva en la institucionalización de la disciplina. Recién fundada la Asociación de profesores alemanes de Derecho del Estado, la célebre *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, como foro privilegiado para el debate científico, la cuestión del método bien puede seguirse, como hace Michael Stolleis, a partir de las actas de sus Jornadas, en especial de las organizadas en Münster (1926), Múnich (1927), Viena (1928) y, por último, en Halle (1931);² ya no habría más sesiones hasta después de la segunda guerra mundial. En 1949 se refunda la *Vereinigung* en buena medida en continuidad con la época precedente;³ la reordenación de los grupos académicos en las primeras décadas gira también en torno a figuras ya consagradas en la República de Weimar, especialmente Rudolf Smend y Carl Schmitt, cuya capacidad de seducción genera una imagen plausible del campo de fuerzas que polariza metodológicamente el desarrollo del Derecho público alemán en aquellos primeros tiempos de la República de

¹ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1987, pág. 168.

² Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. III (Weimarer Republik und Nationalsozialismus)*, München: C.H. Beck, 1999, págs. 186 ss., ahora resumido, junto con los otros tres volúmenes que componen su tratado, en el magistral compendio *Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte (16.-21. Jahrhundert)*, C.H. Beck, 2014, págs. 95 ss. para este tema.

³ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV (Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990)*, München: C.H. Beck, 2012, págs. 82 ss.

Bonn.⁴ Tal continuidad resulta sin duda significativa, teniendo en cuenta la intensidad del trauma colectivo que supuso el régimen nacionalsocialista, pero quizá no del todo sorprendente; simplemente, los papeles protagonistas corresponden ahora a la joven generación formada en el contexto fundacional de la *Vereinigung* (Ernst Forsthoff, Hans-Peter Ipsen, Ulrich Scheuner, Gerhard Leibholz), aunque pronto se suman a ella las generaciones inmediatas (Konrad Hesse, Günther Dürig, Ernst-Wolfgang Böckenförde...).

No puede decirse, sin embargo, que el debate metodológico haya sido en esta ocasión un fenómeno más o menos superficial, mediante el cual unos cuantos teóricos de gran porte daban brillo al consistente trabajo dogmático de la mayoría de la academia, pero sin lograr que ello calara en las capas profundas del Derecho y determinara su sentido. Como señaló Konrad Hesse,⁵ la controversia adquiere una importancia práctica decisiva en las nuevas circunstancias de la República Federal desde el momento en que una de las posiciones en juego se convierte en factor determinante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Hay que tener en cuenta la posición que la Ley Fundamental de Bonn le atribuye en el ordenamiento constitucional y la actividad que le lleva a consolidarse en ella;⁶ las opciones del Tribunal determinarán en consecuencia la interpretación y aplicación de la Constitución, situada en la cúspide del ordenamiento jurídico, y de todo éste, que de acuerdo con dicha jurisprudencia recibe de ella impulsos y directrices fundamentales.

⁴ Frieder Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, München: R. Oldenbourg, 2004.

⁵ Konrad Hesse, «Contribución de la doctrina y la jurisprudencia constitucional a la reconstrucción del Estado de Derecho y de la cultura en Alemania», en Jorge Alguacil González-Aurioles e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (eds.), *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*, Madrid: Marcial Pons, 2014 (en prensa). Se trata de una conferencia, inédita hasta ahora, pronunciada en 1988 en el marco de unas Jornadas concebidas en Madrid por Antonio López-Pina precisamente como homenaje de los juristas españoles (Eliás Díaz, Luis Díez-Picazo, Gregorio Peces-Barba, Francisco Rubio Llorente, Landelino Lavilla, Perfecto Andrés Ibáñez...) a Konrad Hesse con motivo del término de su mandato en el Tribunal Constitucional alemán y de su jubilación en la Universidad de Friburgo. Frustrada entonces la publicación del volumen colectivo que recogía las ponencias, para el que Konrad Hesse había autorizado la publicación de su texto, éste ha vuelto a aparecer a tiempo de ser incluido, con el consentimiento de su viuda, en el citado libro-homenaje a Antonio López Pina.

⁶ Cfr. Uwe Volkmann, «Der Aufstieg der Verfassung. Beobachtungen zum grundlegenden Wandel des Verfassungsbegriffs», en Thomas Vesting y Stefan Koriath, *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, págs. 23 ss.

En este sentido puede interpretarse la trayectoria que traza Oliver Lepsius para describir la influencia ejercida por el programa científico dominante en la época de Weimar sobre la doctrina posterior del Derecho público.⁷ Las iniciales continuidades supusieron no una mera prosecución de antiguos debates metodológicos en un nuevo contexto, sino que se resolvieron en una imbricación con la práctica jurídica que no había podido lograrse con anterioridad. Ahora sí que era verdad que los problemas jurídicos se abordaban y resolvían, en la realidad viva del Derecho, de conformidad con posiciones metodológicas determinadas. La del Tribunal Constitucional, ya inequívoca desde finales de los años cincuenta, cuando su jurisprudencia valorativa 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), zanja para los cultivadores del Derecho positivo el gran debate. Por eso los estudios jurídicos pueden emprenderse en adelante sin necesidad de poner en cuestión unos presupuestos que se consideran asentados; sin que ello, por supuesto, suspenda las diferencias de «estilo».⁸ Desde ese momento, en cualquier caso, las cuestiones de método pueden convertirse en objeto de tratamiento separado, como si fuera un ámbito de conocimiento autónomo y en cierta medida marginal. Y ello ocurre en un doble sentido.

De un lado, algunos autores, sin perjuicio de participar mediante sus escritos en el procesamiento dogmático del Derecho, mantienen enhiesta la enseña de sus propias concepciones fundamentales, a veces mediante la denuncia pública del abandono de las grandes cuestiones de método que ellos desearían revitalizar. El reproche se dirige combinadamente hacia una jurisprudencia constitucional que habría hurtado el debate científico y hacia una doctrina que se limitaría a seguirla. Tal es el sentido de la crítica que, pasando de Schmitt y Forsthoff a Böckenförde, termina encontrando una formulación que se ha hecho célebre en la caracterización que su discípulo Bernhard Schlink hace del llamado «positivismo jurisprudencial», no siempre bien comprendida.⁹ A juicio de Schlink, la argumentación valorativa

⁷ Oliver Lepsius, «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal», *Historia Constitucional (revista electrónica)* n° 9 (2008), <<http://hc.rediris.es/09/articulos/pdf/14.pdf>>.

⁸ Cfr. el sutil texto de Peter Lerche, «Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem», recogido en Manfred Friedrich (ed.), *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, págs. 191 ss.

⁹ Bernhard Schlink, «Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat* 28 (1989), págs. 161 ss. Cfr. también Matthias Jestaedt,

del Tribunal Constitucional, no positivista, habría animado a la doctrina a mantener la senda de un antipositivismo metodológicamente libérrimo; como único recurso para no disolver tal argumentación en arbitrariedad se habría impuesto el cultivo de un *positivismo del Tribunal Constitucional*, consistente en el seguimiento acrítico de sus decisiones valorativas. Estamos, pues, ante una paradoja: el llamado *positivismo jurisprudencial* habría sido el precio pagado por la doctrina mayoritaria a cambio del abandono de la rigurosa dogmática tradicional de raíz positivista.

En segundo término, el problema del método se desplaza desde el plano de la descripción científica del Derecho hacia el de su aplicación práctica: dejando a un lado la disputa por la correcta comprensión del Derecho público, se progresa en el refinamiento de los procedimientos que permiten atribuir sentido y eficacia a las normas constitucionales. Pero también el desarrollo de esta metodología concreta ha terminado convirtiéndose en un metalenguaje especializado, sólo ocasionalmente acogido por los estudios específicos sobre cuestiones jurídicas debatidas en la práctica. Quizá no resulte casual que Friedrich Müller, el autor que más fructífero empeño ha puesto en la depuración de los métodos de trabajo de la jurisprudencia constitucional y que orienta expresamente sus contribuciones hacia la práctica del Derecho, reconozca que la metodología jurídica se ha convertido en una especialidad autónoma y se mantenga en buena medida alejado de la vida académica.¹⁰

Ahora se trata de saber si, tras la larga etapa de estabilidad en los fundamentos del Derecho público a la que nos hemos referido, se está produciendo, como anunciaba Oliver Lepsius, cierto redescubrimiento del programa de Weimar; de saber si las nuevas circunstancias económicas, sociales y políticas que sintetizamos en las palabras «multiculturalidad» y «globalización» han generado la necesidad de colocar en el primer plano de los estudios de Derecho público, como ocurrió en otros momentos críticos antes mencionados, la cuestión del método.

«Verfassungsgerichtspositivismus», en Otto Depenheuer *et alii* (ed.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002, págs. 183 ss., en España Pedro de Vega, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 1 (1998), págs. 65 ss.

¹⁰ Friedrich Müller y Ralph Christensen, *Juristische Methodik. Bd. I. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, Berlín: Duncker & Humblot, 10.ª ed de 2009, págs. 5 ss. para el prólogo a dicha edición firmado por el primero de los autores.

II

1. La iuspublicística consolidada al amparo de la Ley Fundamental y de la jurisprudencia constitucional fue objeto de una primera impugnación de principio, basada en planteamientos condicionados por opciones metodológicas alternativas, cuando algunas posiciones clásicas de estirpe schmittiana se condensaron en el monumental *Handbuch des Staatsrechts* dirigido por Josef Isensee y Paul Kirchhof; ambos autores, que se reservan los capítulos centrales del tratado, se proponen la recuperación del Estado como categoría central; las tareas y los fines del Estado, el bien común y el derecho de necesidad se colocan por delante o por encima de la Constitución.¹¹ Sin embargo, el propósito declarado de la primera edición, que comienza a ver la luz en 1987, va desdibujándose con el tiempo, significativamente con la inclusión del capítulo de Dieter Grimm sobre el concepto de Constitución en la tercera edición del primer volumen, en 2003,¹² y con la simultánea diversificación del elenco de colaboradores. La tendencia doctrinal se mantiene viva, como pone de manifiesto la veintena de conferencias incluidas hasta ahora en la serie de los *Schönburger Gespräche zu Recht und Staat*, publicados desde el mismo año 2003 por Otto Depenheuer y Christoph Grabenwarter en Paderborn (Schöningh Verlag); pero su propio formato, tan cuidado como modesto, ofrece una ajustada impresión sobre las limitadas perspectivas actuales de dicho proyecto científico. Lo cual no significa, naturalmente, que por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán vaya a distanciarse en un tiempo inmediato de las tesis que ha venido manteniendo sobre la naturaleza y los límites de la integración europea, que condensó el mismo Paul Kirchhof en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht de la que fue ponente y que han seguido desarrollándose en resoluciones posteriores sobre el Tratado de Lisboa, sobre la barrera electoral en las elecciones al Parlamento Europeo o, muy recientemente (18 de marzo de 2014), sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE); está por ver si la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán ante el Tribunal de Luxemburgo el

¹¹ Cfr. Helmut Schulze-Fielitz, «Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahre Grundgesetz – in der Beleuchtung des Handbuchs des Staatsrechts», *Die Verwaltung* 1999, págs. 241 ss. En España, Antonio López Pina, «De la idealización del Estado», *Saber/Leer*, nº 36 (Madrid: Fundación Juan March, 1990).

¹² Dieter Grimm, «Ursprung und Wandel der Verfassung», en J. Isensee, P. Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, 3.^a ed., 2003.

7 de febrero de 2014 va a abrir la puerta a modulaciones significativas en esta jurisprudencia.

Vinculada a esta última cuestión surge también la pregunta acerca de la naturaleza constitucional del Derecho europeo, que trasciende la dicotomía entre Constitución (del Estado) y Estado (constitucional) como ejes del Derecho público y pone en cuestión que el mismo pueda continuar articulándose en torno a *la Constitución del Estado*. Desde luego, la integración europea tiene efectos sobre el Estado y sobre su orden constitucional; pero ello pudo tratarse inicialmente desde las perspectivas ordinarias del Derecho público interno y del Derecho internacional. Con los progresos en la integración que arrancan del Acta Única Europea y desde luego con el Tratado de Maastricht comienza a plantearse ya si la Unión Europea, por su parte, es, puede o debe ser un poder político en alguna medida análogo al del Estado; de saber si dispone, puede o debe disponer de una Constitución.¹³ Para las perspectivas clásicas, que vinculan Estado y Constitución en términos inescindibles, la respuesta teórica resulta sencilla; pero los problemas prácticos, tanto jurídicos como políticos, quedan entonces abiertos. Ni la Constitución estatal ni el Tribunal Constitucional pueden en realidad mantenerse ajenos a los retos que se les plantean desde Europa. La doctrina también está obligada a procesar los cambios correspondientes; y podría hablarse de una institucionalización del debate cuando, a partir de la propuesta presentada en 1997 por Ingolf Pernice y de la reunión preparatoria de 1998, se crea en el ámbito de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho del Estado un círculo específico de trabajo que, bajo la rúbrica «Europäisches Verfassungsrechts» (Derecho constitucional europeo), se reúne en la mañana previa a la Asamblea de la *Vereinigung* que cada año da comienzo a sus Jornadas.¹⁴

No menos profunda es la conmoción que surge de las propuestas de reforma en el ámbito específico del Derecho administrativo, cuya vitalidad

¹³ Un resumen del debate alemán, con referencia también a las principales posiciones de la doctrina española, en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», en Anne Peters, Mariano J. Aznar, Ignacio Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 54 a 81.

¹⁴ Cfr. Hartmut Bauer, «Entstehung und Entwicklung der Societas Iuris Publici Europaei – Zugleich ein Beitrag zur Europäischen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht», en Rainer Grote, Ines Härtel, Karl-E. Hain, Thorsten I. Schmidt, Thomas Schmitz, Gunnar F. Schuppert y Christian Winterhoff (eds.), *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2007, págs. 489 ss.

se prolonga ya desde hace décadas bajo el impulso decisivo de Wolfgang Hoffmann-Riem. Una primera recepción en España, a través de la obra de Luciano Parejo *Crisis y renovación del Derecho público*,¹⁵ fue aquí sofocada por el procedimiento de desplazar el centro del debate hacia las posibilidades y los límites del control judicial de la discrecionalidad administrativa; veinte años después se ha traducido al castellano una exposición programática de las posiciones renovadoras, ejemplar por su rigor y sistematicidad, a cargo de Eberhard Schmidt-Assmann.¹⁶ Entretanto, y tras varios libros colectivos incluidos en la serie *Escritos sobre la reforma del Derecho administrativo (Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts)* de la editorial Nomos, dirigida por los dos autores alemanes citados, la nueva tendencia se ha consolidado en Alemania mediante los monumentales *Fundamentos de Derecho administrativo* en tres volúmenes editados desde 2006 bajo la dirección de Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y el mucho más joven Andreas Voßkuhle, actual presidente del Tribunal Constitucional alemán.¹⁷ Se pretende con todo ello hacer justicia a los procesos cada vez más diferenciados de privatización y desregulación, siempre acompañados de las correspondientes tareas públicas de garantía y control; a una aceleración de los procedimientos que va acompañada, sin embargo, de su prolongación en el tiempo y de una creciente variedad en los instrumentos y sujetos de participación; a una mayor complejidad de las relaciones del Derecho con los volátiles conocimientos y contenidos económicos, técnicos y científicos implicados en las decisiones administrativas. El reto consiste en pasar desde un Derecho administrativo centrado en la tutela de los intereses del ciudadano frente a la actuación administrativa concreta hacia otro concebido al servicio de la dirección de los procesos sociales atendiendo a muy diversos

¹⁵ Luciano Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el Derecho público*, Madrid: CEC, 1991; también Miguel Sánchez Morón, *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Madrid: Instituto de España-Espasa Calpe, 1991.

¹⁶ Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: INAP-Marcial Pons, 2003, con «Prólogo» de Antonio López Pina y «Presentación de la traducción» de Javier Barnés Vázquez. Cfr. asimismo Javier Barnés Vázquez (coord.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Sevilla: Derecho Global, 2006, que recoge dos extensos trabajos de Schmidt-Assmann y otras contribuciones de Luciano Parejo, Rainer Pitschas y el propio coordinador de la obra.

¹⁷ Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann, Andreas Voßkuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, München, C.H.Beck, Tomo I 2006 (2.ª ed. 2012), tomo II 2008 (2.ª ed. 2012), tomo III 2009 (2.ª ed. 2013), unas 4700 páginas en total escritas por una cincuentena de autores.

finés públicos, que van desde la protección del medio ambiente hasta la promoción del desarrollo científico; en diseñar un Derecho administrativo que al efecto ofrezca al legislador el arsenal de recursos idóneos para una acción eficiente y eficaz, reaccionando así a los cambios transcendentales que han tenido lugar en la gestión de las tareas públicas.¹⁸

2. Este último desarrollo parece orientar la ciencia del Derecho administrativo hacia el estudio de alternativas de política legislativa basado en investigaciones interdisciplinarias (el Derecho se complementa así con la economía, la sociología o la ecología), cuando hasta ahora dominaba la elaboración dogmática de formas e institutos jurídicos susceptible de servir como criterio de control judicial. Pero, naturalmente, ello presupone una nueva comprensión del lugar que ocupa el Derecho en el ámbito de los sistemas sociales; un lugar que, como han puesto de manifiesto los debates anteriormente señalados, ya no puede identificarse ni desde la subjetividad del Estado, ni desde la supremacía de la Constitución estatal.

La relativa desubicación de la ciencia jurídica es respondida, de un lado, no ya mediante una nueva teoría del Derecho, sino más precisamente a través de una variada oferta de teorías que concurren a la hora de buscarle sentido. Esas «nuevas teorías del Derecho» han sido compiladas programáticamente en un texto didáctico editado por Sonja Buckel, Ralph Christensen y Andreas Fischer-Lescano.¹⁹ En la introducción señalan que las veinte orientaciones analizadas en la obra se toman en serio la tarea de iluminar el punto ciego de la dogmática y subrayar su contingencia; o, lo que es lo mismo: una vez puestos en evidencia los sesgos de la teoría del Derecho objetivamente adecuada a la dogmática aún dominante, queda abierto el terreno a cualesquiera otras propuestas que se atengan al mandato de hacer explícito su sesgo particular. En esa misma medida no se presentan como alternativas, sino complementarias entre sí y respecto de la teoría del Derecho «convencional». Muchas de ellas entroncan con el llamado «giro lingüístico» de la filosofía y con su radicalización en el contexto de

¹⁸ La referencia escéptica de quien se considera «representante de una vieja ciencia del Derecho administrativo» puede consultarse en Rainer Wahl, *Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin: De Gruyter Recht, 2006, págs. 87 ss.

¹⁹ Sonja Buckel, Ralph Christensen y Andreas Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, 2.^a ed., Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009.

la postmodernidad, y en general se apoyan sobre construcciones surgidas en los ámbitos de la filosofía, la sociología, la psicología, la economía, la ciencia política e incluso la biología, a veces en círculos culturales francófonos y anglófonos...

Pero estas tendencias encuentran un contrapunto que cabe sintetizar en el *Intradisziplinäres Forum Franken* puesto en marcha en 2003 por Oliver Lepsius (Universidad de Bayreuth) y Matthias Jestaedt (entonces en la Universidad de Erlangen). Su punto de partida²⁰ fue también la constatación de un déficit teórico: la dogmática, orientada hacia la argumentación aplicable en la práctica de los tribunales, habría olvidado anclarse con firmeza en opciones fundamentales de concepto y método. Aquí se pretende recuperar su centralidad desde una perspectiva genuinamente jurídica. Las aportaciones de la filosofía hermenéutica, de la teoría sociológica de sistemas, del análisis económico o de otros enfoques inspirados en la física o en la matemática (la teoría del caos, la mecánica cuántica...) se ponen a prueba preguntando desde el Derecho por su adaptabilidad al contexto jurídico; y se propone, como presupuesto para ese diálogo interdisciplinar, un previo y profundizado diálogo *intradisciplinar*, entre disciplinas jurídicas cuya progresiva especialización pareciera haber dejado en suspenso la unidad de la ciencia jurídica. Se trataría de reconstruir la teoría del Derecho desde el Derecho mismo, quizá apelando a una tradición que siempre ha hecho de la filosofía del Derecho en Alemania una especialidad vinculada a otras ramas jurídicas, sea el Derecho privado (de Karl Larenz a Günther Teubner) o el Derecho público (de Hans Kelsen a Horst Dreier), muy frecuentemente también el Derecho penal (de Gustav Radbruch a Klaus Günther).

3. Buena parte de los juristas prácticos, de los académicos que ofrecen respaldo dogmático a sus construcciones e incluso de los cultivadores de la convencional teoría del Derecho que objetivamente conviene al sistema jurídico vigente, dotado de una inercia imposible de sobrevalorar, permanece en buena medida al margen de tales retos. Pero lo cierto es que estos debates fundamentales han logrado institucionalizarse; no sólo por ejemplo mediante la colección *Recht – Wissenschaft – Theorie* que desde 2007 se

²⁰ <<http://www.oer4.uni-bayreuth.de/de/iff/index.html>>, consultada el 31 de marzo de 2014, así como Matthias Jestaedt y Oliver Lepsius (eds.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. El *Intradisziplinäres Forum Franken* quedó en suspenso desde el traslado de Matthias Jestaedt a la Universidad de Friburgo.

incluye en el catálogo de la prestigiosa editorial Mohr Siebeck bajo la dirección de Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Andreas Voßkuhle,²¹ sino en los máximos niveles imaginables.

Así, desde 2011 se ha añadido un tercer grupo de trabajo a los dos que ya desde hacía años se venían reuniendo en la mañana previa a la apertura de las Jornadas anuales de la *Vereinigung*; junto con los dedicados a cuestiones de Derecho administrativo y de Derecho constitucional europeo aparece ahora un tercero consagrado a los «Fundamentos del Derecho Público», para la publicación de sus sesiones se crea la colección *Fundamenta Juris Publici*, también en Mohr Siebeck. Ponente de la primera fue Dieter Grimm,²² que se enfrenta a la cuestión de la identidad del Derecho público y comienza subrayando la contingencia de la diferenciación entre *ius publicum* y *privatum*, irrelevante en el ámbito anglosajón. Analiza el desarrollo histórico que conforma su objeto, pero también, con particular detalle, su identificación metodológica a través del positivismo decimonónico. Las transformaciones ulteriores afectan a la tareas del poder público y a las formas en la que éste asume su garantía; suponen la aparición de poderes públicos internacionales, transnacionales y supranacionales que cuestionan concepciones tradicionales en el seno del Estado; la pregunta por la identidad del Derecho público tiende a convertirse en una pregunta acerca de la posibilidad de mantener como ideas rectoras las imágenes de unidad y sistema.

Por su parte, el *Wissenschaftsrat*, máximo órgano consultivo en materia de política científica creado en 1957 por acuerdo entre la Federación y los Länder, emite el 9 de noviembre de 2012 un informe sobre las *Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania. Situación, análisis, recomendaciones*.²³ El Consejo de la Ciencia alemán se enfrenta así, por primera vez, con el ámbito del Derecho, cuya posición en el sistema científico y en la formación

²¹ Véase sólo Andreas Funke y Jörn Lüdemann (eds.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, número tercero de la colección.

²² Dieter Grimm, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, con comentarios de Otto Depenheuer y Ewald Wiederin. La colección figura editada por Rolf Gröschner, Matthias Jestaedt y Hans-Peter Schneider. Merece ser mencionado también el segundo volumen: Horst Dreier, *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, con comentarios de Christian Hillgruber y Uwe Volkmann.

²³ *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, Documento 2558-12, <<http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>>.

universitaria considera necesario revisar a la vista de las transformaciones estructurales que comportan nuevas formas de creación y de garantía del Derecho, entre las que se singularizan los procesos de europeización e internacionalización. El informe, sólido y documentado, subraya la vinculación entre teoría y práctica jurídicas; pero las recomendaciones se orientan hacia el fortalecimiento, tanto en la investigación como en la docencia, de las llamadas «disciplinas fundamentales», aquellas que proporcionan competencias teóricas básicas capaces de proyectarse de modo transversal en contextos complejos, frente a lo que podríamos llamar las «dogmáticas especiales» que de momento dominan el panorama y que constituyen un saber orientado a la aplicación del Derecho en ámbitos concretos. Y también se postula el reforzamiento del diálogo interdisciplinar, con la apertura de la ciencia del Derecho, su diversificación interna y el incremento de la pluralidad de sus perspectivas científicas.

III

I. Una vez colocado el debate en su contexto histórico y mencionados algunos de los grupos e instituciones que lo canalizan o lo promueven, podría abordarse ya su contenido: qué transformaciones son las que se sugieren en los métodos del Derecho público como respuesta a la globalización y la multiculturalidad. Pero quizá convenga esbozar antes algunas consideraciones sobre el concepto de método y la precomprensión epistemológica ligada al mismo (a) y sobre la naturaleza práctica del objeto «Derecho» y las diversas facetas que ofrece para una aproximación metódica (b), así como, aún más brevemente, sobre la ambigüedad de la pretensión científica en este campo (c) y sobre la condicionalidad histórica de la metodología (d). Todo ello, que tiene por función relativizar el alcance de las afirmaciones ulteriores, se apuntará en términos tan elementales que, como si nos hubiéramos desplazado hacia el territorio del ensayo divulgativo, se omitirán incluso las correspondientes referencias bibliográficas.

a) La historia del pensamiento ha estado dominada por metáforas y alegorías, que generan un mundo de ideas mediante palabras y relatos referidos a algo perceptible. Ello resulta normal, incluso imprescindible en los conceptos que se refieren a lo suprasensible, ya que el lenguaje comienza por designar lo sensible e inmediato. La cuestión poética, decía Ortega, no carece de importancia, pues con la designación metafórica se confiere a la

realidad ideal, recién configurada, su «nombre auténtico»,²⁴ se la dota de un sentido originario del que difícilmente cabrá desprenderla.

Pues bien, para referirse al conocimiento se han desarrollado al menos cuatro tipos de metáfora. Parecen corresponder al realismo la tabla encerada (*quam tabula rasa*) y la *impresión* o huella que se posa en ella; y también, con una imagen similar, aunque con vocación más alta, la pasiva *especulación*. La segunda metáfora confiere luz al intelecto, destaca la capacidad subjetiva de visión, que incluso dota al objeto de visibilidad: el modo de conocimiento ya configura el objeto, pues se trata de *desvelar*, *explicar*, inquirir a la realidad con algún criterio selectivo. El sujeto se vuelve vasija o recipiente, que conforma el saber que asume, mediante la imagen de la *comprensión*. En cuarto lugar tenemos el *método*, el camino, que evoca el conocimiento como experiencia, como viaje.

Los métodos o caminos del conocimiento son innumerables, tantos como las metas; más aún, tantos como el producto de los posibles puntos de partida por los destinos imaginables. El conocimiento metódico incluye tiempos y distancias, así como perspectivas diversas, igualmente válidas, para contemplar facetas distintas de un mismo objeto. Y, como cada sujeto construye machadianamente su particular sendero, un método identifica también a quien lo sigue, no sólo informa sobre el origen y la llegada. Con el método cambia el objeto, que se ve hollado por el sujeto; el conocimiento del objeto incluye el de las huellas dejadas en él por quienes antes lo han pisado, incluso el del propio rastro. Pero cambia también el sujeto, que queda marcado por el paisaje. Las consideraciones teóricas sobre el método no son, a la postre, sino la experiencia acumulada en viajes previos, propios y ajenos, a veces fallidos, e idealmente proyectada hacia el futuro.

b) El Derecho es un lenguaje que, a la vez, resulta de una determinada praxis social (creación del Derecho) y condiciona la praxis social en su conjunto, en cuanto configura normativamente nuestras posibilidades de acción (aplicación del Derecho). No son planos excluyentes, pues la creación de Derecho se mueve en marcos jurídicos, o al menos en procesos juridificados, mientras que la aplicación del Derecho consolida, pero a la vez altera la realidad jurídica.

²⁴ José Ortega y Gasset, «Epílogo» a la *Historia de la Filosofía* de Julián Marías, págs. 511 ss. de la vigésima edición (Madrid: Revista de Occidente, 1967).

En relación con esta diferenciación, pero sin coincidir del todo con ella, puede afirmarse que el Derecho ofrece dos perspectivas básicas de análisis: en cuanto ordenación social y como criterio de solución de conflictos. En ambos casos desempeñan un papel tanto las ideas materiales de justicia, estructural o del caso concreto, como las consideraciones sobre los procedimientos idóneos para su realización. Ambas perspectivas, que proporcionan respectivamente una visión sistemática y una visión problemática del Derecho, funcionan como tipos ideales que, en la práctica, han sido siempre articulados y ponderados metódicamente. Se conjugan ya en la clásica definición de Celso que considera el Derecho como *ars boni et aequi*; en cuyo origen, como ha mostrado Javier Paricio,²⁵ se alude al *arte* del juez, entendido como su capacidad subjetiva para ajustar su comportamiento típico, la decisión del conflicto, a un patrón objetivado de conducta, el *bonus et aequus* (que se corresponde con el paradigma romano del *bonus vir*). Éste se impone como normativo, y su sistematización es obra de la jurisprudencia, entendida a su vez como saber sistemático de *rationes decidendi* (la *ciencia de lo justo y de lo injusto*). Por eso la justicia es tanto virtud personal como propiedad de las relaciones sociales.

La oposición entre los *tipos ideales* del Derecho continental y anglosajón, que remiten a tradiciones distintas en la teoría y la filosofía del Derecho, pero sobre todo a diferentes trayectorias culturales, sociales y políticas, permite comprobar cómo el Derecho continúa hoy combinando en equilibrios diversos todas esas perspectivas. No cualquier desplazamiento de esos equilibrios se debiera percibir como un cataclismo metodológico.

c) La ciencia parece tarea del observador, la técnica corresponde al operador, respectivamente abocados a estudios descriptivos o prescriptivos; unos analizan las cualidades del producto, otros redactan los manuales de instrucciones. La opción profesional depende en buena medida de inclinaciones personales. Es cierto que teoría y práctica no resultan aquí de fácil deslinde. De un lado, la formación científica prefigura la comunidad de lenguaje mediante la que el Derecho desarrolla su pretensión de vigencia; de otro, no hay ciencia sin interés. Pero tampoco hay estudio del martillo, por profundamente crítico que resulte, que lo haga funcionar como una hoz:

²⁵ Javier Paricio Serrano, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid: Civitas, 1987.

«*Todo* sirve para *algo*. Pero *nada* sirve para *todo*» (escribe Quino, que forma con las frases un diálogo entre Felipe y Mafalda).

d) Seguramente no hay esencias invariables, los desenvolvimientos afectan al propio ser de lo que cambia. Ahora bien, al afirmar la centralidad del relato es preciso tener en cuenta que importa tanto lo no dicho como lo explícito: la pragmática ha mostrado cómo el contexto atribuye al texto su sentido. Por otra parte, la reconstrucción del pasado que atribuye sentido teleológico incluso a los azares corre el riesgo de oscilar entre la teoría conspiratoria y la epopeya, en la que los dioses rigen el destino: entre la simplificación de las causas y la novela de tesis apenas existe una diferencia de estilo, que siempre jugará en favor de la forma literaria. Sin embargo, tampoco la complejidad resulta siempre más ilustrativa: resulta tan banal afirmar que la verdad es el todo como pretencioso era el proyecto de los cartógrafos borgianos. Es preciso asumir, a fin de cuentas, que las opciones metodológicas, por tanto siempre inevitables, operan también como un factor de poder.²⁶

2. La ya citada introducción al volumen sobre las «nuevas teorías del Derecho» subraya que las allí propuestas reaccionan ante los retos sociales que usualmente se condensan en las expresiones «globalización» y «diferenciación» (o también «fragmentación»).

La globalización económica y financiera, reacia a cualquier control jurídico, pone en graves dificultades la realización en el seno de los Estados nacionales del ambicioso proyecto constitucional que parecía culminar el desarrollo del Derecho público; pero, a su vez, exige una cierta racionalización normativa, y supone así la generación y el desarrollo de espacios jurídicos autónomos cuyo análisis escapa a los modelos tradicionales. La red de excelencia radicada en Frankfurt y dirigida por Rainer Forst y Klaus Günther sobre la «Formación de órdenes normativos» (*Herausbildung normativer Ordnungen*) se pregunta por las bases antropológicas y culturales, pero también históricas y políticas, económicas y sociales, filosóficas e incluso teológicas de estos procesos.²⁷ Pues su contexto es el

²⁶ Dieter Grimm, «Methode als Machtfaktor», incluido en su recopilación *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, págs. 347 ss.

²⁷ <<http://www.normativeorders.net/de/>>. Carácter programático tiene el primer volumen de la serie de publicaciones de la red en la editorial Campus: Rainer Forst y Klaus

de la multiculturalidad,²⁸ no sólo en la configuración plural de los espacios públicos intraestatales, relativamente novedosa en el marco siempre más teórico que efectivo del Estado *nacional*, sino, más radicalmente, en la convivencia global de órdenes culturales inconmensurables. La diferenciación resultante se concibe a menudo como pluralidad de sistemas autorreferenciales (la inspiración luhmanniana resulta, por lo demás, evidente en muchas de las nuevas propuestas); pero esto en absoluto significa que cada uno de ellos asista imperturbable a las transformaciones de su entorno. Aunque ya no parece posible buscar una instancia unitaria desde la que se defina el Derecho, el reto consistiría en afrontar, dentro de las condiciones de la diversidad, objetivos menores como la garantía de no-contradicción, la procedimentalización de los conflictos y la gestión de la contingencia.²⁹

Frente a esta hipótesis reduccionista se alza como desafío científico el proyecto de analizar críticamente, justo desde perspectivas constitucionales, el nuevo desorden global;³⁰ el postulado *Derecho constitucional para la comunidad internacional*³¹ no implica mucho más, sin embargo, que una selección alternativa de materiales. Ni siquiera la llamada «constitucionalización del Derecho internacional» habla de una Constitución internacional en sentido tradicional, sino de una simple acumulación de desarrollos asimétricos y asincrónicos, fragmentarios y parciales, complementarios del Derecho constitucional estatal, ahora también sólo parcial e incluso fragmentario.³²

Günther (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2011. Cfr. ya antes, por ejemplo, A. Adrienne Héritier, Michael Stolleis y Fritz W. Scharpf (eds.), *European and International Regulation after the Nation State, Different Scopes and Multiple Levels*, Baden-Baden: Nomos, 2004.

²⁸ Cfr. Erhard Denninger, Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid: Trotta, 2007; Ignacio Gutiérrez, Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada: Comares, 2012.

²⁹ Cfr. Andreas Fischer-Lescano y Günther Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

³⁰ Cfr. Erhard Denninger, *Recht in globaler Unordnung*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

³¹ Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», ya citado.

³² Cfr. Anne Peters, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en Anne Peters, Mariano J. Aznar, Ignacio Gutiérrez, (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, citado, pp. 208 ss.; más recientemente «El constitucionalismo como conquista global», en Jorge Alguacil González-Auriales e Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (eds.), *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*, cit.

Todos esos elementos constitucionales diversos están colocados en distintos niveles y enlazados en red mediante muy diferenciadas conexiones.³³ La nueva red de elementos constitucionales sólo puede tejerse ahora en torno a conflictos concretos; las ideas de unidad, plenitud, coherencia y sincronía han retrocedido en los procesos de globalización y de diferenciación, y es preciso asumir la consiguiente *incongruencia* de tiempos, espacios y funciones constitucionales. El nuevo Derecho constitucional se limita, pues, a abordar una gavilla de problemas globales con métodos y principios consolidados por una doctrina jurídica concreta, pero renunciando a los modelos totalizadores que precisamente caracterizaban la disciplina.

3. Pues es evidente que ya no cabe seguir apelando a la unicidad del documento constitucional, que evoca una soberanía estatal en proceso de descomposición, ni tampoco a la posición eminente de la jurisprudencia constitucional;³⁴ si uno de los libros que conmemoran el sexagésimo aniversario del Tribunal Constitucional alemán adopta un enfoque crítico,³⁵ aún más significativo es que la coordinación del más solemne se encomendara a Michael Stolleis y que éste convocara un amplio elenco de colaboradores ajenos al mundo del Derecho,³⁶ asumiéndose la conveniencia de analizar la institución con perspectiva histórica e inmersa en su propio contexto cultural y social. Por último, ni siquiera es seguro que la dogmá-

³³ Rafael Bustos Gisbert, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati: IVAP, 2005. Un análisis muy parcial en Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional», en Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada: Comares, 2012, págs. 3 ss.

³⁴ Cfr. los análisis críticos, en cierto modo paralelos, que formula Christoph Schönberger a la vista del desenvolvimiento histórico en Alemania de la normatividad de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional: «Der Aufstieg der Verfassung: Zweifel an einer geläufigen Triumphgeschichte», en Thomas Vesting y Stefan Koriath, *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, cit., págs. 7 ss., y «Anmerkungen zu Karlsruhe», en Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, 2011, págs. 11 ss.

³⁵ Precisamente el último citado en la nota anterior: Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*.

³⁶ Michael Stolleis (ed.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München: C-H.Beck, 2011.

tica jurídica tradicional sea capaz de ofrecer saberes ciertos a la altura de las circunstancias.³⁷

Merece la pena hacer referencia, como expresión de estas circunstancias, a la crítica que Oliver Lepsius formula frente a la forma de argumentar de la jurisprudencia constitucional, sobre la que, como hemos mencionado, se apoya la construcción dogmática del Derecho público.³⁸ Dicha jurisprudencia, observa este autor, se presenta formalmente inserta en una construcción con pretensión de sistema, de modo que cada sentencia queda justificada como aplicación de una determinada doctrina jurídica pre-establecida que supuestamente se limita a consolidar. De este modo se coloca en primer plano un discurso general que resulta reproducido y confirmado; la atención no se centra en las *ratione decidendi* vinculadas al caso particular, sino en formulaciones abstractas susceptibles de ser recuperadas ulteriormente, aunque sea desconectadas de su contexto práctico: cualesquiera *obiter dicta* valen como doctrina. Pero esto, naturalmente, sólo puede ser plausible en la medida en que el propio ordenamiento sea consistente con la pretensión sistemática: mientras se disponga de un Derecho de base legalista que permita mantenerse en el esquema tradicional que subordina la aplicación del Derecho a un poder de creación normativa potencialmente presente, pero que a su vez coloca a éste dentro de un entramado dogmático, el propio de la ciencia jurídica nacional, consolidado a veces durante siglos.

Sin embargo, por ejemplo los derechos fundamentales no están, en cuanto tales, detalladamente regulados en leyes, sino contenidos en preceptos constitucionales que se imponen a las leyes mismas que los desarrollan y regulan su ejercicio; su conceptualización depende, por tanto, de la propia jurisprudencia constitucional, que tiene como único interlocutor al poder de reforma de la Constitución, ocasional por naturaleza. La jurisdicción constitucional, a su vez, se encuentra cada vez más ligada por relaciones complejas de colaboración informal con otras jurisprudencias extranjeras y especialmente vinculada a la interpretación de los derechos que ofrecen organismos supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y éste, a su vez, sigue más bien el modelo del *case law* anglosajón,

³⁷ Cfr. Gregor Kirchhof, Stefan Magen y Karsten Schneider, *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

³⁸ Oliver Lepsius, «Die maßstabsetzende Gewalt», en Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers y Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht...*, cit., págs. 161 ss.

conforme al cual lo decisivo es resolver el problema concreto, a veces apelando a los precedentes para supuestos similares, pero también señalando las particularidades que en el caso presente aconsejan matizar la solución previa o simplemente cambiarla. Todo ello hace que el seguimiento de la jurisprudencia constitucional, de sus argumentaciones y conceptualizaciones, constituya un camino cada vez más incierto: la estructura de los derechos fundamentales en el marco del diálogo entre los tribunales se comprendería mejor con esquemas propios del *case law*, lo que haría preciso reconstruir, desde unas sentencias escritas «en lengua dogmática», una jurisprudencia problemática, mucho más austera y sobria, más pegada a los casos y menos pendiente de las construcciones dogmáticas.

Este problema, que se diagnostica sin dificultad en el ámbito de los derechos fundamentales, se proyecta ya en realidad, en parte a través de ellos, sobre todo el Derecho público, en términos que impiden seguir considerándolo como un Derecho de los *códigos*. Éstos tienden a presentar el ordenamiento como un desenvolvimiento sistemático, casi lineal, a partir de ciertos principios. Pero, frente a la tentación de comenzar siempre los análisis jurídicos por las normas o por los principios normativos, es preciso cobrar conciencia de que son *las situaciones reales* las que nos impulsan a reaccionar, a identificar valores desde los que juzgarlas y a ponernos en marcha hacia una respuesta conforme a Derecho. El objetivo no es, por tanto, averiguar si las normas existentes se cumplen o no, sino analizar los efectivos conflictos sociales y valorar en qué medida se resuelven de acuerdo con los valores queridos como vinculantes; en términos constitucionales, se trata de saber si la articulación efectiva de los conflictos sociales y de poder resulta compatible con los postulados ilustrados y emancipatorios.

4. En definitiva: la vieja teoría constitucional integrada del Estado social y democrático de Derecho, petrificada como perfil pedagógico inerte, tiende en la práctica jurídica a la irrelevancia, cuando no a la disfuncionalidad. El esfuerzo académico por dotar a la pretensión normativa de la Constitución de una apariencia sistemática ajena a las contradicciones que la Historia ha ido decantando sobre su texto resulta vano frente a las asimetrías de la presión que ejercen sobre la Constitución misma las condiciones objetivas de su realización. La configuración de la Unión Europea conforme al modelo teórico del Estado social y democrático de Derecho, ideada como superación de las insuficiencias de los Estados miembros para realizarlo,

no es capaz de hacer verosímil una unidad política supraestatal capaz de sustentar la ambiciosa pretensión constitucional; y Christian Walter mostró hace más de una década que, por lo demás, tampoco ello ofrecería blindaje alguno a la Unión Europea frente a los factores de erosión que ahora afectan a los Estados constitucionales: trasladar los problemas no equivale a resolverlos.³⁹ Abandonadas incluso en Alemania las rigideces de la doctrina del orden objetivo de valores que representarían los derechos fundamentales, ni siquiera la universalidad del postulado de la dignidad humana se bastaría hoy para fundar un verdadero ordenamiento constitucional de alcance global.⁴⁰ La pretensión normativa de un Derecho concebido como ordenamiento unitario, pleno y coherente ya se ha diluido en contextos globales de ingobernabilidad. Es ilustrativo volver aquí a las explicaciones de Ignacio Sotelo, cuando ya en 1981 señalaba «que hoy se entiende el concepto de crisis siempre en plural: se trata de identificar a distintas crisis, que surgen en distintos contextos y también con mecanismos muy diferentes. Las crisis aparecen en una diversidad constitutiva (...) Si las crisis son muchas y de naturaleza muy diferente, difícil es imaginar un mundo sin crisis. Desaparece así de la preocupación científica una estrategia global de superación de la crisis, para definir, en cambio, *estrategias específicas de gestión y de control de las crisis concretas* (...) el afán de acabar con la fuente de toda crisis es un espejismo».⁴¹

Pero lo cierto es que, del mismo modo que los Estados, privados ya de las cualidades (unidad, plenitud, impermeabilidad...) que les conferían su posición privilegiada entre los agentes de poder, conservan recursos materiales e ideales dignos de ser tenidos en cuenta,⁴² también el Derecho *funciona* efectivamente, y podemos servirnos de él como instrumento positivo

³⁹ Christian Walter, «Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo», en Anne Peters, Mariano J. Aznar, Ignacio Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, cit., págs. 173 ss.

⁴⁰ Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, «Traducir derechos: la dignidad humana en el Derecho constitucional de la Comunidad internacional», en Carlos Espósito Massicci, Francisco J. Garcimartín Alférez, *La protección de bienes jurídicos globales (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16)*, Madrid: UAM-BOE, 2012, págs. 91 ss.

⁴¹ Ignacio Sotelo, «El concepto sociológico de crisis», *Sistema* n.º 40, pág. 37.

⁴² Cfr. por todos Michael Stolleis, «¿Qué viene después del Estado nacional soberano? ¿Y qué puede decir al respecto la Historia del Derecho?», en Michael Stolleis, *La textura histórica de las formas políticas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, págs. 103 ss., y del mismo autor «Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización», en Michael Stolleis, Andreas Paulus, Ignacio Gutiérrez, *El Derecho*

para superar dificultades concretas. Podríamos decir que la desintegración del modelo libera elementos normativos aislados, de larga tradición o de nuevo cuño, que garantizan posiciones singulares y permiten reconducir los conflictos a través de procedimientos. No es impropio mencionar, en el marco de esta labor, que quizá pudiera verse favorecida por cierta recuperación de algunas actitudes positivistas; seguramente resulta discutible en cuanto ambiciosa propuesta metodológica, en los términos que pone de manifiesto por ejemplo la edición crítica de las obras completas de Kelsen a cargo de Matthias Jestaedt,⁴³ pero podría ser muy aprovechable a través de vindicaciones más modestas.⁴⁴

Los iuspublicistas tenemos ante nosotros, pues, una misión compleja: sobrevivir como ciencia al desdibujamiento de la Constitución racional-normativa,⁴⁵ vinculada a una determinada concepción del Derecho como ordenación social.⁴⁶ Pero es preciso recordar, con todas las cautelas ya antes expuestas, que existe un segundo modo de aproximación al Derecho que parte no de la razón ordenadora, sino del conflicto; no de la proyección sistemática de la dignidad humana, sino de los sentimientos concretos de agravio e indignación.

constitucional de la globalización, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013, págs. 23 ss.

⁴³ El proyecto es puesto en marcha por el Hans-Kelsen Institut de Viena en 2003, entre 2007 y 2013 han aparecido en Mohr Siebeck cinco de los treinta volúmenes inicialmente previstos. Cfr. también Matthias Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtslehre für die Rechtspraxis*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

⁴⁴ Cfr. por ejemplo Volker Neumann, «Klares statt wahres Recht. Wege zum Positivismus», *Politisches Denken Jahrbuch* 2012, págs. 11 ss.

⁴⁵ Cfr. Uwe Volkman, «El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», *Teoría y Realidad Constitucional* nº 21 (2008), págs. 215 ss.

⁴⁶ Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza, 1984, págs. 34 ss, y 67 ss., sitúa explícitamente el concepto racional-normativo de Constitución en el contexto de la concepción ilustrada de la razón y la ley, y queda sujeto por tanto a su mismo destino histórico.

