

EL REDESCUBRIMIENTO DE WEIMAR POR PARTE DE LA DOCTRINA DEL DERECHO POLÍTICO DE LA REPÚBLICA FEDERAL*

Oliver Lepsius**

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- I. EL REDESCUBRIMIENTO DE WEIMAR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS TEMAS Y LOS CONTENIDOS.- II. EL REDESCUBRIMIENTO DE WEIMAR EN SUS PROTAGONISTAS.- 1. Cuatro modos diferentes de concebir la relación entre objeto y método.- 2. Ciclos de coyuntura de estas cuatro posiciones fundamentales.- a) Carl Schmitt.- b) Rudolf Smend.- c) Hermann Heller.- d) Hans Kelsen.- 3. Recapitulación.- III. EL REDESCUBRIMIENTO DEL PROGRAMA DE WEIMAR.- 1. La prosecución del programa de Weimar (1949-1960).- a) El hundimiento del Estado alemán en 1945.- b) La disputa sobre la contribución a la defensa.- c) Estado de Derecho y Estado social.- d) ¿Continuidad con Weimar como discontinuidad respecto del nacionalsocialismo?.- 2. La disolución del programa de Weimar (1960-1980).- a) La formulación tópica de la cuestión metodológica.- b) La separación de las cuestiones metodológicas respecto de los temas concretos.- c) Del pluralismo metodológico a la aversión al método.- d) La teoría de los derechos fundamentales como excepción.- 3. El redescubrimiento del programa de Weimar (desde 1980).

Resumen: La República de Weimar acogió a cuatro gigantes de la teoría constitucional: Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller y Hans Kelsen. Cada uno de ellos contempló la vinculación entre Estado y Constitución de modo diferente; con la toma del poder por los nazis se cerró el debate entre ellos. El artículo analiza su influencia ulterior en el Derecho constitucional y en la teoría constitucional de Alemania. En los comienzos de la República Federal prevalecieron Schmitt y Smend, y las escuelas que se desarrollaron en torno a ellos influyeron incluso sobre el Tribunal Constitucional Federal. 1968 trajo consigo una recuperación de Heller, mientras que hoy Kelsen domina la escena. ¿Cómo se explican estos cambios? ¿Por qué resulta ahora Kelsen aparentemente más atractivo que Smend o Schmitt, y qué nos dice esto acerca del desarrollo del Derecho constitucional alemán? El artículo de Lepsius intenta responder a estas preguntas y, de este modo, ilumina los principales debates intelectuales del Derecho constitucional alemán entre los años cincuenta y

* Publicado originalmente bajo el título "Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre", en Christoph Gusy (ed.), *Weimars lange Schatten – "Weimar" als Argument nach 1945*, Baden-Baden, Nomos, 2003, págs. 354-394. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

** Agradezco las minuciosas observaciones de Peter Häberle, Hasso Hofmann y Peter Lerche

noventa del pasado siglo, así como sus correspondientes presupuestos teóricos.

Abstract: The Weimar Republic witnessed four giants in constitutional theory: Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller and Hans Kelsen. Each of them saw the nexus of state and constitution differently. Their discussion ended with the Nazi's seizure of power. The article analyzes their enduring influence on German constitutional law and theory. At the beginning of the Federal Republic Schmitt and Smend prevailed and developed schools which influenced even the Federal Constitutional Court. 1968 brought a revival of Heller, and today Kelsen is dominating the scene. What accounts for these shifts? Why is in our days Kelsen apparently more attractive than Smend or Schmitt and what does this tell us about the development of German constitutional law? Lepsius' article tries to answer these questions and sheds a light on the major intellectual discussions and their theoretical underpinnings in German constitutional law from the 1950s to the 1990s.

Palabras clave: Derecho constitucional: Alemania, historia intelectual; Teoría constitucional: Alemania; Estado (doctrina acerca del Estado); Kelsen, Hans; Schmitt, Carl.

Key Words: Constitutional Law: Germany, Intellectual History; Constitutional Theory: Germany; State (Intellectual Discourse); Kelsen, Hans; Schmitt, Carl.

INTRODUCCIÓN

1. Redescubrir algo presupone haberlo perdido antes. ¿Cómo interpretar “Weimar” en una historia de pérdidas y reencuentros? ¿Qué significa “Weimar” en el ámbito del Derecho político, qué hay tras esa evocación? ¿Cuál es el “argumento jurídico” que cabe reducir a la fórmula abreviada de “Weimar”? Naturalmente, estas preguntas se abordarán a continuación sólo con referencia a un ámbito limitado, el de la ciencia del Derecho político¹.
2. Tres aspectos pueden ser traídos a colación. En primer lugar, “Weimar” puede ser concebido como símbolo de determinados problemas concretos específicamente vinculados con la República de Weimar, por ejemplo las cuestiones que se plantean en la teoría de la democracia al ser sustituido como fundamento de la soberanía el principio monárquico de la liga de los príncipes alemanes por la soberanía popular, o las cuestiones jurídicas de la defensa frente a los enemigos de la Constitución o del “estado de excepción”, que surgieron a causa de las

¹ Cfr. la panorámica desde el Derecho civil que ofrece Joachim Rückert, “Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945”, en K. Acham/K. W. Nörr/B. Schefold (ed.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren*, Stuttgart 1998, págs. 113-165.

constantes agresiones políticas que padeció la joven República². “Weimar” sería aquí un argumento referido a ciertos temas, a ciertos contenidos.

3. En segundo lugar, “Weimar” puede aludir a ciertas personalidades. Es infrecuente que en una época surjan tantas y tan diferenciadas posiciones científicas fundamentales. Y se fijan en el recuerdo, como ocurre tantas veces en la ciencia, más con los nombres de los teóricos que como orientaciones abstractas. Esta personalización de las posiciones metodológicas fundamentales se expresa en el permanente interés por quienes las acuñaron (como ejemplos más célebres pueden servir Heller, Kelsen, Schmitt o Smend).
4. Finalmente, “Weimar” podría comprenderse como argumento programático. El conflicto de métodos y orientaciones en la doctrina del Derecho político³ se caracterizó, además de por el debate sobre determinados temas o en torno a ciertas propuestas teóricas, también por el hecho de que, con absoluta independencia de las concretas circunstancias del momento, los problemas fundamentales del Derecho público resultaban constitutivamente vinculados a una discusión metodológica. Se trataba del cambio de significado de los derechos fundamentales, de la ley o del parlamento provocado por el desplazamiento del principio monárquico como fundamento legitimador en favor de la soberanía popular. Y esas categorías fundamentales fueron discutidas con plena conciencia metodológica en una conexión interdisciplinar, en la cual se configuraba como problema central la posición de la ciencia jurídica por referencia a otras ciencias y a la realidad⁴. “Weimar” alude aquí a un argumento programático, en concreto al tratamiento de las categorías jurídicas fundamentales vinculado a una reflexión metodológica enriquecida interdisciplinariamente.
5. Las cuestiones de método acostumbran a plantearse al hilo de los grandes temas. La solución de casos concretos se logra por lo común sin prestarles atención. Lo significativo de los debates de Weimar es la relación especial en la que se sitúan las cuestiones metodológicas y los problemas sustantivos: en Weimar no es posible separar éstos de

² “El rasgo que identifica la República de Weimar es la crisis”, dice Walter Pauly, “Die neue Sachlichkeit der Staatsrechtslehre in der Demokratie”, en W. Pauly (ed.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, ed. por G. Anschütz/R. Thoma, Band I, 1930 (2.^a ed., Tübingen 1998, pág. 3). Cfr. también Bernhard Schlink, “Weimar – von der Krise der Theorie zur Theorie der Krise”, en W. Erbguth (ed.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Aufbruch, Gedächtnisschrift Bernd Jeand'Heur*, Berlín 1999, págs. 43-55.

³ Una exposición general en Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914-1945*, Munich 1999, págs. 153-202; Wolfgang März, “Der Richtungs- und Methodenstreit der Staatsrechtslehre”, en K. W. Nörr/B. Schefold/F. Tenbruck (ed.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik*, Stuttgart 1994, págs. 75-133.

⁴ Cfr. sobre esto también Michael Stolleis, *Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?*, Stuttgart 2001; Friedrich Balke/Benno Wagner (ed.), *Vom Nutzen und Nachteil historischer Vergleiche: der Fall Bonn-Weimar*, Frankfurt 1997.

aquéllas. El tratamiento de los problemas concretos es resultado de los conflictos sobre el método y, en sentido inverso, se hace necesario el tratamiento de los presupuestos y de los criterios metodológicos para resolver los problemas. Justamente porque el Derecho constitucional descansaba sobre un nuevo fundamento de legitimidad, porque las categorías del Derecho político se proyectaban sobre un trasfondo político renovado y porque emergía un tiempo de nuevas orientaciones en la filosofía y en la teoría del conocimiento, la relación entre método y objeto hubo de resultar relevante en la República de Weimar. “Weimar” simboliza en el ámbito jurídico la “disputa sobre los universales” de nuestra época.

6. ¿En cuál de estos tres posibles significados del símbolo “Weimar” cabe apreciar su redescubrimiento por la doctrina del Derecho público de la República Federal? ¿Cómo ha permanecido activo “Weimar” en la República Federal?: ¿en los temas y los contenidos, en las personalidades y las teorías, o en el programa?

I. EL REDESCUBRIMIENTO DE WEIMAR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS TEMAS Y LOS CONTENIDOS

7. Apenas cabe hablar del redescubrimiento de “Weimar” por parte de la ciencia jurídica desde el punto de vista de los temas y los contenidos. En la República Federal, la mayor parte de los temas jurídico-públicos tratados en la República de Weimar o bien habían dejado de ser políticamente actuales, o bien habían sido resueltos normativamente por parte del Consejo Parlamentario que elaboró la Ley Fundamental, de manera que ya no podían ser considerados como específicos “temas de Weimar”. Por ejemplo, desde 1945 quedaba solventada la discusión sobre el poder dictatorial del Presidente del Reich y las competencias en el estado de excepción conforme al art. 48 de la Constitución de Weimar. Otras cuestiones que habían sido debatidas por la doctrina de la República de Weimar quedaron reguladas a nivel constitucional a partir de 1949, por ejemplo el problema de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, del control judicial de constitucionalidad de las leyes o de los límites de la reforma constitucional. Tales temas se convirtieron en problemas de interpretación constitucional de la Ley Fundamental⁵. Para que pueda considerarse aún activo un “tema de Weimar”, éste no ha de referirse a la específica situación constitucional de la República de Weimar, pero tampoco puede haber quedado decidido por la Ley Fundamental. Deben ser asuntos que no cabe aclarar definitivamente mediante el texto normativo. Entre ellos se cuentan la controversia sobre el sentido y valor del parlamentarismo y sobre la comprensión de la representación política, el debate sobre el

⁵ Cfr. Walter Schmidt, “Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland”, en D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt 1994, págs. 188-258 (188-195, 207 sobre el distanciamiento normativo e intelectual respecto de las soluciones de Weimar); Hasso Hofmann, “Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949”, en J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, 1987, § 7.

papel de los partidos, sobre el concepto de ley, así como la pregunta transversal sobre la relación entre la soberanía popular, que mira hacia la teoría del Estado, y el principio democrático, que se orienta hacia el Derecho de la organización estatal⁶. Tales disputas no están temáticamente vinculadas a la situación constitucional de la República de Weimar o de la República Federal, sino que configuran problemas fundamentales “programáticos” en el sentido antes enunciado, pues vinculan constitutivamente contenidos sustantivos con cuestiones metodológicas. En los concretos temas materiales, por tanto, la doctrina iuspublicista de la República Federal no podía proseguir los debates de Weimar: habían quedado sustituidos por la referencia jurídico-constitucional a la Ley Fundamental.

II. EL REDESCUBRIMIENTO DE WEIMAR EN SUS PROTAGONISTAS

8. También si atendemos a las personalidades, a los grandes protagonistas de Weimar y sus propuestas teóricas, sólo en parte puede hablarse de un redescubrimiento, porque las posiciones fundamentales de Weimar siempre han permanecido presentes en la República Federal. Se han producido ciertamente diferentes olas de recepción, con cumbres y valles; pero ello no permite hablar de un redescubrimiento. Sin embargo, resulta significativo para el desarrollo y la autopercepción de la doctrina del Derecho público en la República Federal investigar en qué contexto temporal y material se activaron o se relegaron qué teorías de Weimar. Por supuesto, no cabe exponer aquí en toda la amplitud que le confieren la diversidad de las personalidades y la pluralidad de los temas el muy abierto espectro de Weimar y su proyección en los tiempos iniciales de la República Federal. Nos limitaremos a los cuatro principales teóricos: Heller, Kelsen, Schmitt y Smend,⁷ porque sus perspectivas pueden ser generalizadas para representar otras tantas posiciones de principio diferentes. De este modo cabrá interpretar el ciclo de sus teorías en las distintas coyunturas de la República Federal en términos de desplazamiento de los argumentos en la teoría del Estado, lo cual permite extraer conclusiones sobre el camino por el que se ha desarrollado la doctrina y sobre la imagen que tiene de sí misma. El cambiante interés por los teóricos de Weimar sirve en buena medida como indicio del movimiento de posiciones en el ámbito de la teoría del Estado.

⁶ Cfr. Michael Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt*, Baden-Baden 1995; Oliver Lepsius, “Staatstheorie und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik”, en C. Gusy (ed.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 2000, págs. 366-414; una panorámica sobre los demás debates en Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Baden-Baden 1997, págs. 420-455.

⁷ Sobre la canonización de estos cuatro teóricos Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham 1997; Christoph Möllers, *Staat als Argument*, Munich 2000.

1. Cuatro modos diferentes de concebir la relación entre objeto y método

9. ¿Cómo reducir las posiciones de nuestros cuatro protagonistas a un “cuadrado mágico”? El pensamiento de Schmitt se refiere al Estado como categoría fundamental del ser y se sirve, como ciencia de referencia, de la filosofía política del existencialismo. Considera por tanto un objeto interdisciplinar (el Estado) con un método no interdisciplinar (la decisión concreta). También la construcción de Hermann Heller se orienta al Estado como objeto interdisciplinar, pero él tiene una concepción interdisciplinar del método (“ciencia de la realidad”) y su concepción del Estado se alinea más bien con el deber ser y resulta menos predeterminada por el ser. Heller y Schmitt comparten la fijación con el Estado como objeto, se diferencian sin embargo en su concepción del Estado determinada por el deber ser o por el ser. Además divergen en su concepción metodológica, que en Heller resulta interdisciplinar y sincrética, mientras que es para Schmitt existencialista y decisionista.
10. Kelsen tiene una concepción del objeto referida al deber ser, en ese sentido similar a la de Heller, pero no orientada hacia el Estado, sino hacia el Derecho. Al objeto de Kelsen se accede no por métodos interdisciplinares, sino jurídicos. Su concepción del método exclusivamente científico-jurídica es, sin embargo, expresión de un entendimiento de la interdisciplinariedad en régimen de división de trabajo, que debe conducir a una diferenciación metodológica de las ciencias y, de ese modo, respeta a las demás ciencias y sus métodos respectivos, sin integrarlas en el campo del Derecho. Kelsen representa una concepción jurídica del objeto que no es interdisciplinar y una concepción del método que, asumiendo la división de trabajo, bien puede considerarse interdisciplinar. Con referencia a la determinación normativa del objeto aparecen así coincidencias con Heller, que ciertamente se reflejan en los resultados: el Estado en Heller, el Derecho en Kelsen. Por lo que se refiere a la concepción monista del método se advierten coincidencias, sin embargo, de Kelsen con Schmitt.
11. Más difícil resulta determinar la posición de Rudolf Smend, porque en la teoría de la integración tanto el objeto como el método se desvanecen en procesos y no pueden ser recíprocamente delimitados⁸. Su reflexión se dirige de un lado hacia el Estado como hecho, de otro al Derecho como instrumento normativo de la integración fáctica. La teoría de Smend admite, en cuanto a método y objeto, una especial apertura de interpretaciones: el objeto de conocimiento puede ser tanto fáctico como normativo, y el método para acceder a él puede seguir un procedimiento extrajurídico e interdisciplinar (de las “ciencias del espíritu”) si se orienta

⁸ Sobre la concepción del método y del Estado de Smend Manfred Mols, *Allgemeine Staatslehre oder politische Theorie?*, Berlín 1969, págs. 142-145, 171-191; del mismo autor “Integrationslehre und politische Theorie”, *AöR* 94 (1969), págs. 513-553; Stefan Koriöth, *Integration und Bundesstaat*, Berlín 1990, págs. 210 ss.; Oliver Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, Munich 1994, págs. 195 ss., 354 ss.; Möllers, *Staat* (cit. en n. 7), págs. 100 ss.

hacia el Estado, o ser normativizado cuando se articula la tarea integradora del Derecho. Si se interpreta la teoría de la integración en este último sentido, y por ello no como la desarrolló Smend en 1928, entonces cabe desarrollar, apelando a Smend, una posición dinámica entre objeto y método, hechos y normas, porque los objetos pueden tanto ser interpretados jurídicamente (integración mediante el Derecho constitucional) como también resultar sublimados fácticamente (Constitución como decisión suprapositiva de valor).

12. Quizá puedan ser reducidas a su esencia estas cuatro diferentes posiciones de principio en los siguientes términos: El objeto de conocimiento para Schmitt es el poder, para Kelsen las normas, para Heller las ideas y para Smend la integración; dicho en otros términos: en Schmitt la sustancia formalizada, en Kelsen normas formalizadas, en Heller normas desformalizadas y en Smend sustancia desformalizada. El método de conocimiento es en Schmitt el decisionismo determinado por el objeto, en Heller el pluralismo orientado hacia el objeto, en Kelsen el normativismo que produce su objeto y en Smend la procedimentalización que genera su objeto. En su conjunto, el patrimonio teórico de Weimar proporciona posiciones de principio diferentes que ofrecen un modelo acabado de relaciones entre objeto y método de conocimiento en términos que resultan ejemplares. Tal modelo sigue siendo válido como referencia, no cabe volver a descubrir las correspondientes posiciones.

2. Ciclos de coyuntura de estas cuatro posiciones fundamentales

13. En primer lugar, es preciso señalar que los cuatro grandes teóricos de Weimar ya no intervinieron personalmente en los debates habidos en la República Federal. Sus teorías se habían desarrollado en los años veinte y quedaron concluidas con el final de la República de Weimar. Heller murió en España, forzado a la emigración, a finales de 1933. Kelsen, también obligado a huir, emigró a los Estados Unidos de América, donde murió en 1973. Schmitt no recuperó la cátedra tras 1945 ni fue admitido como miembro de la refundada Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político, y vivió retirado (aunque muy visitado) como estudioso particular en su tierra natal de Sauerland, por más que ocasionalmente tomara posición, por ejemplo con su crítica a la “tiranía de los valores”, en debates jurídicos de actualidad⁹. También Smend se retiró en Göttingen, publicó en adelante casi sólo en materia de Derecho eclesiástico y apenas volvió a aparecer en las jornadas de la Asociación, aunque se le confió la conferencia conmemorativa del décimo aniversario del Tribunal Constitucional Federal¹⁰. El desarrollo de las

⁹ Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte – Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, Stuttgart 1960.

¹⁰ Rudolf Smend, “Das Bundesverfassungsgericht”, en la recopilación de sus escritos *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3.^a ed., Berlín 1994, págs. 581-593 (1962). Especial referencia ha de hacerse a dos artículos de Smend publicados posteriormente en sendos diccionarios: “Integrationslehre”, en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Band 5, 1956, columnas 299-302; e “Integration”, en *Evangelisches Staatslexikon*, 1966, columnas 803-805; 3.^a ed.,

teorías de Weimar estaba concluido¹¹. Los teóricos de Weimar ya no discutían en la República Federal. La aplicación y el desarrollo de sus respectivas posiciones metodológicas fundamentales en los contextos actuales quedaron confiados a una nueva generación. En esa medida no cabe hablar de una pérdida ni de un redescubrimiento de “Weimar” desde la perspectiva de las personalidades implicadas.

14. Por lo demás, la estructura normativa de la Ley Fundamental influyó sobre el interés por determinados pensadores de Weimar. Con la introducción de la garantía general de los derechos fundamentales (arts. 1.3 y 19.4 de la Ley Fundamental) y el establecimiento de límites a la reforma constitucional (art. 97.3), la Ley Fundamental había incorporado principios suprapositivos. Sobre ellos se habían pronunciado decisivamente Schmitt y Smend en tiempos de la República de Weimar. Ahora, estos temas se convierten en problemas prácticos de interpretación constitucional¹², lo que de un lado sugiere ecos teóricos de Schmitt y Smend. Por otra parte, el recurso a Schmitt y Smend ya no era necesario, justamente a causa de la positivación en la Ley Fundamental. El recurso inmediato a los contenidos materiales de la propia Ley Fundamental había de convertir en prescindible el recurso argumental a los materiales proporcionados por las teorías constitucionales de Weimar. ¿Cómo se presentan, en definitiva, los ciclos de recepción y las oscilaciones coyunturales? ¿Expresan también desplazamientos metodológicos y temáticos de la discusión en la doctrina jurídico-pública de la República Federal?

a) Carl Schmitt

15. Schmitt estuvo presente en los momentos iniciales de la República Federal en buena medida a través de sus discípulos. Los círculos han sido bien investigados¹³. Su influencia específicamente jurídica resulta con frecuencia sobrevalorada¹⁴. Ciertamente se encuentran en su escuela nombres ilustres¹⁵. Pero relativamente pronto tuvo lugar la conversión de Schmitt en un pensador político, con simultánea reducción de su pensamiento jurídico a episodio histórico: la tesis doctoral de

1987, columnas 1354-1358; ambos recogidos también en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, págs. 475 ss., 482 ss.

¹¹ Cfr. sobre la situación en la posguerra también Dian Schefold, “Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn”, en *Erkenntnisgewinne* (cit. en n. 1), págs. 567-599 (581 ss.).

¹² Möllers, *Staat als Argument* (cit. en n. 7), págs. 125 s.

¹³ Dirk van Laak, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*, Berlín 1993.

¹⁴ Cfr. Reinhard Mußgnug, “Carl Schmitts verfassungsrechtliches Werk und sein Fortwirken im Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, en H. Quaritsch (ed.), *Complexio Oppositorum*, Berlín 1988, págs. 517-528 (517): como filósofo del Estado y teórico de la política, Schmitt estaría en boca de todos; “del jurista que él también era (y en absoluto de modo sólo accesorio) se habla ahora sólo ocasionalmente”.

¹⁵ Entre ellos Ernst Forsthoff, Ernst Rudolf Huber, Hans Peter Ipsen, Josef H. Kaiser, Helmut Quaritsch, Werner Weber. Ejerció también influencia intelectual, entre otros, sobre Ernst-Wolfgang Böckenförde y Josef Isensee.

Hasso Hofmann lo anunció en 1964¹⁶. Entre los juristas, la influencia de Schmitt retrocedió de modo constante¹⁷, y a finales de los años ochenta se abrió camino la conclusión de que Schmitt ya no tenía nada que aportar a la actualidad desde el punto de vista jurídico¹⁸. Simultáneamente, sin embargo, se observa también un rápido crecimiento del interés de la ciencia política y la filosofía por Schmitt: mientras que entre los juristas se le somete a juicio histórico y se le excluye de la discusión actual, en otras disciplinas es canonizado y estilizado como un clásico influyente¹⁹. La reducción histórica de Schmitt tiene por tanto efectos contradictorios.

16. ¿Cómo explicar su progresiva pérdida de influencia en la ciencia jurídica? El estatismo de Schmitt, la idea de una unidad política existencial y su anclaje como dogma de fe resultaron cada vez más inadecuados como fundamento de una teoría del Estado de la República Federal. No existía crisis constitucional alguna comparable con la de la República de Weimar, la amenaza del comunismo resultaba cada vez menor, el catolicismo en la República Federal ya no estaba además en posición intelectualmente minoritaria. La integración occidental de Konrad Adenauer dejó sin base los postulados materiales de Schmitt, la creación del Tribunal Constitucional Federal hizo caducar sus postulados institucionales. Los datos centrales que proporcionaban sentido a las tesis de Schmitt en la historia del pensamiento también desaparecieron en la República Federal. Igualmente había de disolverse el atractivo de su obra para la teoría del Estado y de la Constitución de la República Federal, mientras que su significado en el ámbito del Derecho internacional, naturalmente, no resultaba afectado por todo ello.

b) Rudolf Smend

17. De modo distinto transcurre la recepción de la teoría de la integración. Su importancia creció con la instauración de la República Federal. Vislumbrar una específica “escuela de Smend” parece, sin embargo, difícil, porque la teoría de la integración, a causa de las peculiaridades ya señaladas, resultaba especialmente apta para el desarrollo y la

¹⁶ Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, Neuwied 1964, ya en su 4.ª ed., 2002.

¹⁷ Como interesante simbiosis de Schmitt y Smend en esa época puede leerse la *Allgemeine Staatslehre* de Herbert Krüger, Stuttgart 1966. Las coincidencias estatistas de ambos autores son vinculadas con los desarrollos de la teoría de la integración.

¹⁸ Cfr. Werner v. Simson, “Carl Schmitt und der Staat unserer Tage”, *AöR* 114 (1989), págs. 185-220 (188 s.); Bernhard Schlink, “Why Carl Schmitt?”, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1990), págs. 160 ss.; Kay Waechter, *Studien zum Gedanken der Einheit des Staates*, Berlín 1994, págs. 15, 71.

¹⁹ Cfr. Herfried Münkler, “Carl Schmitt in der Diskussion”, *Neue Politische Literatur* 35 (1990), págs. 289-300; Friedrich Balke, *Der Staat nach seinem Ende*, Munich 1996; David Dyzenhaus, “Why Carl Schmitt?”, en la obra editada por él mismo *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham/NC 1998, págs. 1-20; Rüdiger Voigt, “Zwischen Mythos und Wirklichkeit. Zur Staatskonzeption von Carl Schmitt”, en R. Voigt (ed.), *Mythos Staat*, Baden-Baden 2001, págs. 35-57; Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2002, págs. 436 ss., 459 ss. Sobre la más reciente recepción de Schmitt, Hofmann (cit. en n. 16), 4.ª ed., 2002, págs. V-XV.

metamorfosis. Por ello, la imputación de ciertas ideas y posiciones a la obra de Smend resulta posible sólo en forma aproximativa y siempre debe tomar en consideración que la adaptación de Smend puede entrañar un desarrollo que tiende a la formulación de una nueva y original teoría constitucional orientada por la Ley Fundamental. Sólo en tal sentido puede considerarse que los proyectos de Smend son proseguidos por los trabajos, por ejemplo, de Ulrich Scheuner, Konrad Hesse, Horst Ehmke o Henning Zwierner. No es posible atribuir filiaciones precisas, a diferencia de lo que ocurre con la “escuela de Schmitt”, ya por el solo hecho de que ni el objeto ni el método de la teoría del Estado y de la Constitución de Smend pueden ser expuestos en términos generales y abstractos²⁰. Como el propio Smend señalaba, el acierto de su programa sólo podía verificarse plena y definitivamente mediante su cumplimiento²¹. Cualquier desarrollo bajo las condiciones de la Ley Fundamental debía modificar el programa de integración. Probablemente, la teoría de la integración pudo desarrollarse en las primeras décadas de la República Federal justo porque no estaba vinculada ni en el objeto ni en el método a la situación de la República de Weimar, más bien invitaba a su progresivo desenvolvimiento bajo nuevas circunstancias normativas y políticas. La idea fundamental de la integración podía ser transferida, en cualquier caso, desde una teoría autoritaria del Estado hacia una teoría material de la Constitución. En la versión originaria del año 1928, la teoría de la integración arrastraba un lastre filosófico y padecía simultáneamente de déficits normativos. La llamada escuela de Smend²² superó esta situación en los años cincuenta, pero con ello desarrolló más bien una propia teoría de la Constitución, en lugar de aplicar la doctrina de Smend²³.

18. También es difícil de cuantificar la influencia de Smend en el Tribunal Constitucional. Algunos pretenden que Smend se habría instalado allí como “deidad doméstica”²⁴, otros no quieren que se sobrevalore su

²⁰ Sobre los “discípulos de Smend” Peter Häberle, *Kleine Schriften*, Berlín 2002, págs. 16 ss., 41 ss., 74 ss.; sobre la “escuela”, Peter Badura, “Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre”, *Der Staat* 16 (1977), págs. 305-325.

²¹ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), ahora en la recopilación de sus textos publicaba bajo el título *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3.^a ed., Berlín 1995, págs. 119 ss. (120).

²² Quizá cupiera definirla, más allá de todas las diferencias que cabe apreciar entre sus integrantes, mediante dos rasgos: objetivamente, en cuanto entienden la adaptación material del Derecho al cambio social como un elemento positivo desde el punto de vista de la eficacia del propio Derecho, personalmente, por su asistencia al Seminario de Smend en Göttingen.

²³ Cfr. Wilhelm Hennis, “Integration durch Verfassung?”, *JZ* 1999, págs. 485-495 (487); recogido también en su obra recopilatoria *Regieren im modernen Staat*, Tübingen 1999, págs. 353-380.

²⁴ Hennis (cit. en n. 23), pág. 486; pero cfr. pág. 489: Smend “no habría aportado nada” al desarrollo de los derechos de libertad por parte del Tribunal Constitucional. Para Thomas Oppermann, “Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre”, en *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band I, Tübingen 2001, págs. 421-460 (425 s.), la perspectiva de Smend habría tenido (sólo) “importantes efectos reflejos”. Cfr. Rudolf Smend, “Das Bundesverfassungsgericht” (cit. en n. 10).

influencia sobre el Tribunal²⁵. En su jurisprudencia aparecen ciertamente algunas ideas fundamentales que, sin embargo, sólo en asociación libre de ideas pueden ser retrotraídas a Smend²⁶. Que la influencia de Smend sobre el Tribunal Constitucional sea ocasionalmente sobrevalorada tiene que ver de un lado con una polarización entre schmittianos y smendianos en la doctrina del Derecho político de los años cincuenta. Resultaba evidente en esa situación que el Tribunal no estaba del lado de Schmitt, y Ernst Forsthoff reforzó tal impresión en 1959 con su crítica a la jurisprudencia sobre el orden de valores²⁷. De otra parte, parecía existir una vinculación personal con Smend a través de algunos Magistrados, también más tarde mediante Konrad Hesse (1975-1987) o Ernst Gottfried Mahrenholz (1981-1994). En resumen, no cabe atestiguar ecos directos de la teoría de la integración de Weimar, aunque bien cabe rastrear la idea fundamental de un programa de integración normativo (no propio de las “ciencias del espíritu”) orientado a la Constitución (no al Estado). Pero justamente en estos extremos radica una modificación decisiva de la teoría de la integración. Y también la figura argumentativa del “orden objetivo de valores” desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal²⁸ ha de ser vista, más bien, como contrapunto de los ecos del Derecho natural que sonaban en esos mismos momentos

²⁵ Cfr. Peter Lerche, “Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis”, en *FS Bundesverfassungsgericht* (cit. en n. 24), págs. 333-361: a su juicio, la contribución del peculiar “estilo” de Smend al Tribunal Constitucional habría de ser valorada como escasa. Más importante resultó una cierta dinamicidad, al margen de una concepción fundamental unitaria de la Constitución. En términos similares Horst Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover 1993, págs. 15 s.: el reforzamiento normativo de los derechos fundamentales fue obra en primera línea de la propia Ley Fundamental, no de su interpretación.

²⁶ Para la sentencia del caso Lüth puede hacerse referencia por ejemplo a la doctrina de los “efectos recíprocos” que sobre los límites a los derechos fundamentales tienen “las leyes generales” del art. 5.2 de la Ley Fundamental, cuya idea básica había sido planteada por Smend en su ponencia ante la Asociación de Profesores de Derecho Político, cfr. Rudolf Smend, “Das Recht der freien Meinungsäußerung”, *VVDStRL* 4 (1928), págs. 44-73 (51 ss.). Pero no cabe pasar por alto que el Tribunal combinó la doctrina de los efectos recíprocos con la más antigua doctrina del Derecho especial, ya reconocida en la República de Weimar, y por tanto no siguió por entero las ideas de Smend, cfr. BVerfGE 7, 198 (207 s.). La influencia de Smend sobre la sentencia del caso Lüth se ha mantenido como objeto de debate. Wilhelm Hennis, que redactó el recurso de amparo junto con Adolf Arndt, recurrió a la mencionada ponencia de Smend del año 1927, cfr. Dieter Gosewinkel, *Adolf Arndt*, Bonn 1991, págs. 493-499, 531; véase también Hennis (cit. en n. 23), pág. 492. Sobre esta sentencia cfr. también Thomas Henne, “Von 0 auf „Lüth“ in 6½ Jahren”, en Th. Henne/A. Riedlinger (ed.), *Das „Lüth“-Urteil in (rechts-)historischer Sicht*, Berlín 2003.

²⁷ Ernst Forsthoff, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en *FS Carl Schmitt*, Berlín 1959, págs. 35-62, también recogido en su obra *Rechtsstaat im Wandel*, 2.^a ed., Munich 1976, págs. 130-152; también en R. Dreier/F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden 1976, págs. 51-79.

²⁸ Al respecto cfr. Dreier, *Dimensionen* (cit. en n. 25), págs. 10-26; Hans D. Jararss, “Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *AöR* 110 (1985), págs. 363-397; análisis críticos en Helmut Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden 1973, en particular sobre la sentencia del caso Lüth en págs. 51-60 (Goerlich no registra una influencia de Smend que sea digna de subrayarse, cfr. pág. 20); también Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Munich 1990, págs. 23, 26; y en términos similares en su artículo “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat* 29 (1990), págs. 1-31.

en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal²⁹, contra cuyo ethos judicial, heredado del Tribunal del Reich, debía imponerse el Tribunal Constitucional en primer lugar en cuanto institución.

19. Con la misma ambivalencia debe ser juzgada la influencia de Smend. Puede ciertamente apreciarse como corriente de fondo, pero apenas cabe concretarla y aprehenderla. A diferencia de Schmitt, cuya influencia en el Derecho constitucional en los años sesenta (al contrario de lo que ocurre con su influencia como teórico de la política) mengua progresivamente y resulta sujeta a juicio histórico, la incidencia latente de las ideas de Smend crece continuamente en el mismo periodo, en medida relevante gracias al programa de normativización al que sometieron tales ideas por ejemplo Ehmke y Hesse. En resumen, el atractivo de la teoría de la integración puede ser retrotraído a la actualidad político-constitucional de muchas de sus ideas: como tarea política, la integración parecía estar en el orden del día (asilados, equilibrio de cargas financieras, coparticipación en la empresa, igualdad de derechos, anhelos materiales). También parecía adecuarse a las tareas de la nueva institución que representaba la jurisdicción constitucional, en concreto la de mediar entre justicia del sistema y justicia del caso concreto, la de solucionar concretas cuestiones conflictivas con simultánea atención a la interpretación sistemática de la Constitución. Diferenciaciones apodícticas entre amigo y enemigo ya no proporcionaban aquí ayuda alguna. La orientación al procedimiento servía igualmente como apoyo a la jurisdicción constitucional y le permitía a la vez un grado elevado de elasticidad material y posibilidades de desarrollo. Justamente la apertura en los contenidos con simultánea orientación a los resultados y aseguramiento de los procedimientos proporcionaba a la teoría de la integración influencia en la ciencia jurídica. La teoría de la integración pudo estimular la perspectiva filosófica y teórico-social de los juristas, mientras que no cabe registrar una recepción significativa por parte de estas otras disciplinas vecinas.

c) Hermann Heller

20. En los comienzos de la República Federal Heller estaba casi olvidado como teórico. El exilio en el que falleció prematuramente y su militancia socialdemócrata eran dos cualidades que no contribuían a que mantuviera influencia en la comunidad académica³⁰, en la que, salvo escasísimas excepciones, no se encontraban ni retornados del exilio, ni

²⁹ Al respecto véase Arthur Kaufmann, "Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist", en *FS Sten Gagnér*, Munich 1991, págs. 105-132; Ulfrid Neumann, "Rechtsphilosophie in Deutschland", en *Bonner Republik* (cit. en n. 5), págs. 145-187 (145-156); Kristian Kühl, "Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts", en *Erkenntnisgewinne* (cit. en n. 1), págs. 605-658 (612, 621 ss.).

³⁰ Tempranas apelaciones a Heller se encuentran por ejemplo en Wolfgang Abendroth, intervención en el debate de las Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho político, *VVDStRL* 12 (1954), pág. 86; y recurre a Heller con referencia a la fórmula del Estado social de Derecho en "Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland", *FS Ludwig Bergstraesser*, Düsseldorf 1954, págs. 279-300.

socialdemócratas³¹. De todos modos, a partir de 1960 se aprecia un regreso de Heller en los textos y en las notas a pie de página precisamente de los autores que se suelen insertar más bien en la “escuela de Smend”³². Dos elementos pueden estar en el origen de esto: la concepción normativa del Estado que es propia de Heller y su orientación metodológica, más propia de las ciencias sociales que de la filosofía, ofrecían el necesario respaldo para reparar los déficits de la teoría de la integración. Una perspectiva fundamental de carácter normativo acompañada de una simultánea comprensión del pluralismo político y social resulta más próxima a Heller que a Smend. En cierto modo, Heller ofrecía el aspecto pluralista que se echa de menos en Smend, cuando el pluralismo había llegado a resultar socialmente irrenunciable; y, por otro lado, en una democracia parlamentaria debía ser también procesado desde el punto de vista de la teoría constitucional por parte de la nueva jurisdicción constitucional³³. Los profesores frecuentemente considerados como “discípulos de Smend” reclaman por tanto de forma decisiva también su proximidad con Heller. Para Hesse, Heller se sitúa en el mismo nivel que Smend³⁴, y Peter Häberle ha reconocido que tiene con Hermann Heller su mayor deuda³⁵. Hacia el exterior, por el contrario, dominaba Smend, porque la fijación de Heller con el Estado no se adecuaba a un programa orientado hacia la Constitución. Con Heller cabía acentuar el pluralismo (pero referido al Estado), con Smend se podía acentuar la Constitución (pero asumiendo la formación de unidad mediante la integración). La aportación de ideas de Heller y Smend se complementó en los años cincuenta y sesenta. A medida que el pluralismo político y social crecía en la República Federal, los métodos de Heller resultaban cada vez más actuales³⁶. Por ello no resulta sorprendente que renaciera en torno a 1968 un intenso interés por Heller³⁷. En la doctrina podrían ser mencionados los escritos de Martin Draht³⁸, que había sido asistente en la cátedra de Heller y

³¹ Walter Jellinek escribe en una carta dirigida a Erich Kaufmann en agosto de 1950 que entre los colegas hay más nazis de los que se piensa; citada por Michael Stolleis, “Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte”, *KritV* 1997, págs. 339-358 (348 s.).

³² Cfr. por ejemplo. Horst Ehmke, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL* 20 (1963), págs. 53-98 (62); cfr. también Konrad Hesse, “Horst Ehmke zum 65. Geburtstag”, *AöR* 117 (1992), págs. 1-3 ; Peter Häberle, “Zeit und Verfassung” (1974), recogido en su libro recopilatorio *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlín 2.ª ed., 1996, págs. 59 ss. (64 s.).

³³ Cfr. Schefold (cit. en n. 11), pág. 592: la teoría de la integración se hizo pluralista.

³⁴ Cfr. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed., Heidelberg 1995, pág. 4.

³⁵ Häberle, *Kleine Schriften* (cit. en n. 20), págs. 291, 302. Antes se había ocupado de Heller en *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.ª ed., Heidelberg 1983, págs. 116-123 (1962).

³⁶ Cfr. Ingeborg Maus, “Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik”, en Christoph Müller/Ilse Staff (ed.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller (1891-1933)*, Baden-Baden 1984, págs. 113-139.

³⁷ Especialmente a los años 1966/67 se refiere el análisis de la recepción de Heller que realiza Wolfgang Abendroth, “Die Funktion des Politikwissenschaftlers und Staatsrechtslehrers Hermann Heller in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik Deutschland”, en Müller/Staff (cit. en n. 36), págs. 213-233 (230-232).

³⁸ Martin Draht, “Staat, Erster Teil: soziologisch und staatstheoretisch”, en *Evangelisches Staatslexikon*, 3.ª ed., 1987 (también ya en la 2.ª ed., 1975), columnas 3305-3353 (3348).

magistrado del Tribunal Constitucional Federal entre 1951 y 1963, de Ilse Staff³⁹ y de Ekkehart Stein⁴⁰. La tesis doctoral de Wolfgang Schluchter dio a conocer a Heller entre sociólogos y politólogos⁴¹, y la edición de sus obras completas hizo que su impresionante producción resultara fácilmente accesible⁴². Desde entonces no hay ya carencias en la literatura secundaria sobre Heller⁴³. Como hito triunfal de la incorporación de Heller en el acervo incontrovertible de la tradición académica puede ser vista su invocación por parte del Tribunal Constitucional Federal en un pasaje central de la sentencia del 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de Maastrique⁴⁴, aunque la circunstancia hubiera invitado más bien a la cita de Schmitt.

21. Como teórico, Hermann Heller estuvo desde un principio más presente en la República Federal de lo que se suele apreciar. Incluso su influencia intelectual sobre el Tribunal Constitucional no puede decirse que esté sustancialmente por debajo de la de Smend⁴⁵. Sin embargo, en el caso de Heller cabe hablar de un redescubrimiento, al menos en mayor medida que ante Schmitt o Smend, cuya recepción debe ser descrita como continua reducción histórica o desarrollo autónomo. El “redescubrimiento” de Heller se desarrolló en tres fases, en las que apeló a otros tantos aspectos diferentes de su obra. Su concepción del pluralismo es responsable de la primera ola de recepción; ni Schmitt ni Smend ofrecían aquí nada que pudiera utilizarse. La segunda ola tuvo motivos políticos: Heller se convirtió en mentor teórico de políticos del Derecho de orientación socialdemócrata, delimitándolos tanto frente a la mayoría conservadora como frente a la minoría marxista. El tercer paso, simbolizado por la sentencia sobre Maastrique, se debe al Heller

³⁹ Ilse Staff, “Der soziale Rechtsstaat. Zur Aktualität der Staatstheorie Hermann Hellers”, en C. Müller/I. Staff (cit. en n. 52), págs. 25-41; *Verfassungsrecht*, Baden-Baden 1976, pág. 9.

⁴⁰ Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, Tübingen 1968.

⁴¹ Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Colonia 1968, 2.ª ed., Baden-Baden 1983. Cfr. también del mismo autor “Hermann Heller. Ein wissenschaftliches und politisches Portrait”, en Müller/Staff (cit. en n. 36), págs. 45-63.

⁴² Hermann Heller, *Gesammelte Schriften*, 3 tomos, Leiden 1971, con una introducción de Martin Draht y Christoph Müller, Band 1, págs. IX-XXIII.

⁴³ Cfr. por ejemplo Christoph Müller/Ilse Staff (ed.), *Der soziale Rechtsstaat* (cit. en n. 36); Gerhard Robbers, *Hermann Heller: Staat und Kultur*, Baden-Baden 1983; Wilfried Fiedler, *Das Bild Hermann Hellers in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Leipzig 1994, págs. 13-38; Albrecht Dehnhard, *Dimensionen staatlichen Handelns*, Tübingen 1996; Wolfgang Kersting, “Neuhegelianismus und Weimarer Staatsrechtslehre. Zum kommunitaristischen Etatismus Hermann Hellers”, en U. Carstens/C. Schlüter-Knauer (ed.), *Der Wille zur Demokratie*, Berlín 1998, págs. 195-218; Peter Goller, *Hermann Heller. Historismus und Geschichtswissenschaft im Staatsrecht*, Frankfurt 2002.

⁴⁴ BVerfGE 89, 155 (186): referencia a Heller, “Politische Demokratie und soziale Homogenität” (1928). Crítico al respecto Roland Lhotta, “Der Staat als Wille und Vorstellung: Die etatistische Renaissance nach Maastricht und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Staat und Bundesstaat”, *Der Staat* 36 (1997), págs. 189-210; muy crítico Joseph H. H. Weiler, “The State „über alles“”, en O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (ed.), *FS Ulrich Everling*, Band II, Baden-Baden 1995, págs. 1651-1688 (1654).

⁴⁵ En igual sentido Maus (cit. en n. 36), págs. 133 s.; igualmente Ilse Staff, “Zur Rezeption Hermann Hellers in der Bundesrepublik Deutschland”, *ZRP* 1993, págs. 337-339.

estatalista; un Heller ya despolitizado se convierte en un teórico del Estado inmune a toda sospecha ideológica.

d) Hans Kelsen

22. Sólo en el caso de Kelsen puede hablarse de un verdadero redescubrimiento por parte de la doctrina del Derecho político. Los años cincuenta se caracterizaron por una posición estrictamente defensiva frente a la teoría pura del Derecho de Kelsen. Además de las dos “tachas” personales que comparte con Heller, ya mencionadas, existen aún otros dos motivos que explican el gran distanciamiento respecto de Kelsen. En primer lugar, la leyenda extendida en las primeras décadas de la República Federal, según la cual el positivismo habría dejado a los juristas indefensos frente al nacionalsocialismo, generó un clima que en absoluto favorecía la recepción de la teoría pura del Derecho en Alemania. En segundo término, la posición de Kelsen en un tema tan sensible como la subsistencia del Estado alemán en 1945 (conforme a la cual éste habría desaparecido en ese momento dado el completo desvanecimiento del poder estatal alemán causado por la capitulación incondicional y la ocupación aliada⁴⁶), puso en su contra a la abrumadora mayoría de la doctrina. Ésta rechazó por principio poner en cuestión desde el punto de vista jurídico la existencia del Estado, haciendo patente así un prejuicio que no acreditaba precisamente un concepto jurídico de Estado. Tanto el punto de partida metodológico de Kelsen como también sus criterios jurídicos sobre cuestiones concretas de actualidad resultaron así vigorosamente rechazados⁴⁷. Kelsen estuvo así muy presente, pero como mínima referencia común para una actitud de distanciamiento⁴⁸. La doctrina del Derecho político sentía la necesidad de una teoría material de la Constitución; sus protagonistas buscaban apoyo en Smend y Heller, sus contrincantes apelaban a Schmitt. Las respuestas de Kelsen: crítica de las ideologías, normativismo, relativismo de valores y democracia, hubieran resultado incómodas para ambos bandos.

⁴⁶ Hans Kelsen, “The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin”, *The American Journal of International Law* 39 (1945), págs. 518-526.

⁴⁷ Cfr. Rolf Stödter, *Deutschlands Rechtslage*, Hamburg 1948; Günther Krauss, “Die Verfassung Deutschlands 1945-1955”, *DÖV* 1954, págs. 579 ss.; Günter Dürig, “Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither”, *VVDStRL* 13 (1955), págs. 27-58 (27 s., 34); cfr. también los dictámenes de Erich Kaufmann, Hermann v. Mangoldt, Ulrich Scheuner y Werner Weber con ocasión de la “disputa sobre la contribución a la defensa” (todos recogidos en la obra cit. infra en n. 61). Para el análisis del problema cfr. también Adolf Arndt, *Der deutsche Staat als Rechtsproblem*, Berlín 1960, recogido igualmente en la recopilación de sus trabajos *Gesammelte juristische Schriften*, Munich 1976, págs. 101-139.

⁴⁸ Horst Dreier, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*, Viena 2001, pág. 28, resume diciendo que dominaba una mezcla de distancia, ignorancia y desinformación. Sintomático es por ejemplo Alfred Voigt, “Ungeschriebenes Verfassungsrecht”, *VVDStRL* 10 (1952), págs. 33-45, que cita casi toda la doctrina de Weimar excepto a Kelsen, aunque no rechaza el positivismo de Weimar. También Horst Ehmke, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, Tübingen 1960, logra que Kelsen no aparezca en el tratamiento de un tema al que hubiera podido aportar mucho.

23. El “redescubrimiento” de Kelsen presuponía, por tanto, dos desarrollos: de un lado, una imagen más nítida y depurada de las posiciones “positivistas” (mejor: normativistas)⁴⁹; de otro, un desplazamiento de la atención que condujera desde los valores y los contenidos hacia las formas y las instituciones. En la teoría y en la filosofía del Derecho, la leyenda del positivismo quedó desenmascarada ya a finales de los años sesenta⁵⁰. Cabe observar aquí un proceso casi sincrónico: la atención de la teoría del Derecho hacia la teoría pura del Derecho crece en la misma medida en que se impone la percepción de que en el triunfo del Derecho nacionalsocialista tuvo más responsabilidad la superabundancia sincrética de valores que la fe positivista en las formas. El procesamiento del nacionalsocialismo por parte de la historia del Derecho rehabilitó a Kelsen y, sin embargo, arrojó una luz ambigua sobre el desarrollo doctrinal de los primeros años de la República Federal, que ante todo se había dedicado a renovar los valores.
24. A esta presencia de la teoría pura del Derecho en la teoría y en la filosofía del Derecho, que ya pronto resultó natural, aunque no siempre se viera de forma positiva, se añadió a partir aproximadamente de 1990 un creciente interés genuinamente jurídico-constitucional por Kelsen. La tesis doctoral de Horst Dreier ilustró tal desarrollo⁵¹, que coincide con el interés que sólo en torno a 1990 comienza a despertar la democracia como piedra de toque del Derecho constitucional⁵². La teoría de Kelsen

⁴⁹ Fundamental: Everhardt Franssen, “Positivismus als juristische Strategie”, *JZ* 1969, págs. 766-775, que comienza con una apelación a Kelsen. En contra, la defensa desde el Derecho natural de Hermann Weinkauff, “Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie”, *JZ* 1970, págs. 54-57. Weinkauff era Presidente del Tribunal Supremo Federal, Franssen llegó a ser más tarde Magistrado del Tribunal Constitucional y Presidente del Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo – manifestaciones personales de cambios de orientación metodológica.

⁵⁰ Franssen (cit. en n. 49), págs. 767 s.; Gerald Grünwald, *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Bonn 1971; Walter Ott, *Der Rechtspositivismus*, Berlín 1976, 2.ª ed., 1992, págs. 187 ss.; Wolfgang Schild, “Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens”, en *GS René Marcic*, Berlín 1983, págs. 437-453; Manfred Walther, “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?”, en R. Dreier/W. Sellert (ed.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Frankfurt 1989, págs. 323-354; Horst Dreier, “Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?”, en *FS Robert Walter*, Viena 1991, págs. 117-135 (127 ss.); Lepsius, *Begriffsbildung* (cit. en n. 8).

⁵¹ Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1986, 2.ª ed., 1990; cfr. también Norbert Achterberg, “Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratietheoretischer Sicht”, en W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller (ed.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Viena 1982, págs. 133-148; Dieter Grimm, “Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen”, *ibid.*, págs. 149-157; así como Michael Pawlik, “Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre”, en W. Brugger (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1996, págs. 167-187.

⁵² Recurriendo a Kelsen por ejemplo Horst Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen 1991; Matthias Jestaedt, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, Berlín 1993; Josef Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung*, Opladen 1995; Robert van Ooyen, *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*, Berlín 2003. En otros ámbitos jurídicos por ejemplo Rainer Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, Viena 1989, págs. 80 ss., 149 ss.; Manfred Baldus, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Berlín 1995; Ulla Held-Daab, *Das freie Ermessen*, Berlín 1996; Oliver Lepsius, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, 2002.

se basa, además, en dos elementos esenciales del Derecho constitucional de la República Federal que no aparecen en los demás teóricos de Weimar: la democracia parlamentaria y la jurisdicción constitucional. El relativismo valorativo de Kelsen y su fe en las formas, a diferencia de lo que ocurre con los demás teóricos de Weimar, se apoya tanto en la teoría de la democracia como institucionalmente. Es el único de los teóricos de Weimar que tiene algo que decir sobre la democracia y la jurisdicción constitucional también desde la perspectiva de la teoría del Derecho, y bien podría ser, justo por ello, el único de los estudiosos de la teoría del Estado de Weimar con el que hoy fuera posible establecer conexión.

25. En otros contextos esto ya se había visto con anterioridad. En Austria, el padre de la Constitución no encontró, por supuesto, problema alguno de recepción y, a través de los profesores austriacos, también se mantuvo presente en las notas y en los debates de las Jornadas de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político⁵³. Tampoco en el ámbito del Derecho internacional se produjeron dificultades comparables a las que encontró en el Derecho político de la República Federal⁵⁴. Y merece finalmente destacarse el recurso a Kelsen por parte del Derecho administrativo ya en los primeros años de la década de los sesenta⁵⁵. Con Kelsen cabía dotar de fundamento democrático a la reserva de ley del Derecho administrativo, frente a la doctrina dominante que la contemplaba con unos recelos a menudo también aliñados de antiparlamentarismo y que temía la juridificación externa de una Administración que, en la medida de lo posible, habría de estar a su juicio sometida sólo a sus propias reglas.

3. Recapitulación

26. A la hora de resumir esta elemental aproximación al “redescubrimiento de Weimar” desde la perspectiva de las personalidades y de las teorías, resulta sorprendente que dos teóricos, Heller y Kelsen, aunque no hubieran sido olvidados, apenas desempeñaran papel alguno en los años iniciales de la República Federal, siendo luego, por el contrario, objeto de una recepción tanto más intensa. Y lo contrario ocurre con los otros dos autores, Schmitt y Smend, presentes al principio y ya en los

⁵³ Hans Spanner, “Die Berufsbeamten und die Staatskrisen”, *VVDStRL* 13 (1955), págs. 119-153 (126). Hans Nawiasky, intervención en los debates de las Jornadas de la Asociación, *VVDStRL* 13 (1955), págs. 64 s., donde reprocha a Günter Dürig que haga falsas imputaciones a Kelsen: “Lástima que él [Kelsen, O.L.] no esté aquí, hubiera sido un momento interesante”. Cfr. también Norbert Achterberg (Hg.), *Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtslehre in verschiedenen Ländern*, 2 Bände, Viena 1978/83; Dreier, *Rezeption* (cit. en n. 48). Para Suiza, Werner Kundert, “Kontinuitäten und Diskontinuitäten im schweizerischen Staatsrecht”, en *Erkenntnisgewinne* (cit. en n. 1), págs. 481-500 (493 s.)

⁵⁴ Al respecto Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden 2001. Koskeniemi (Fn. 19), págs. 238 ss. Ha de hacerse especial referencia al internacionalista de Marburg Gerhard Hoffmann, que en los años sesenta impulsó el estudio de Kelsen.

⁵⁵ Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961, 2.^a ed., 1968; Hans Heinrich Rupp, *Grundprobleme der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen 1965, 2.^a ed., 1991.

años sesenta reducidos a episodio histórico o a fundamento de un desenvolvimiento autónomo. Se impone así la impresión de unas parejas temporales: al principio tenemos una polarización entre Schmitt y Smend que más tarde se diluye mediante la recepción de Heller y Kelsen. Y es aquí llamativo que en ambas parejas nos encontremos con un teórico que toma como objeto el Estado (Schmitt, Heller) y otro que se fija en el ordenamiento jurídico (Smend, Kelsen). Quien pensara en categorías estatales determinadas por el objeto se orientaría hacia Schmitt o Heller; quien considerara que el punto de vista del Derecho constitucional genera su objeto se habría vuelto hacia Smend o Kelsen. Que el giro hacia Heller y Kelsen se produjera sólo tardíamente se debe a su diferenciada concepción de la interdisciplinariedad. Schmitt y Smend no trabajaban de modo interdisciplinar, sino que alimentaban la ciencia del Derecho desde las ciencias del espíritu. Heller y Kelsen trabajaban de modo interdisciplinar, haciendo visibles las contribuciones de las diferentes disciplinas especializadas. Entre ellos, sin embargo, se diferencian: Heller reunifica las disciplinas sobre la base de su concepción fundamental hegeliana determinada por el objeto y propugna el pluralismo metodológico; Kelsen, por el contrario, separa las disciplinas a partir de su fundamental orientación kantiana que atribuye al método la generación del objeto de conocimiento, y propugna un método exclusivamente jurídico y un saber en régimen de división de trabajo.

27. El contexto en el que cada una de las cuatro posiciones fundamentales de Weimar tuvo mayor protagonismo permite extraer conclusiones sobre el desarrollo del Derecho constitucional y sobre la autopercepción de la doctrina en la República Federal. En primer lugar se produce un desarrollo desde el Estado hacia la Constitución, pasando por el pluralismo hacia la normativización. Heller resulta la figura clave en este desarrollo: con él cabe justificar como programa avanzado una perspectiva estatalista (“ciencias del Estado”), en cuanto modernización metódica de ideas predemocráticas. Si buscáramos una simplificadora categorización mediante dos ideas principales, las alternativas entre pensamiento estatalista o constitucional y entre una concepción de la interdisciplinariedad plural e integradora o autonomizadora y en régimen de división de trabajo, la doctrina alemana se habría quedado ante un dilema: ninguna de las teorías de Weimar parece realmente adecuada, pero todas ofrecen algo. Esto produce consecuencias a veces paradójicas y explica lo abigarrado del panorama. Así, el progreso interdisciplinar y pluralista que se esperaba de la recepción de Heller sólo se podía conseguir al precio de orientarse al Estado con un método determinado por el objeto. Por eso tampoco es sorprendente que el renacimiento de las “ciencias del Estado” en la actualidad sea precisamente expresión de una concepción metodológica plural e integradora. Con ello se revierte el logro de finales de los años cincuenta, en concreto la sustitución del polivalente concepto de Estado por el concepto normativo de Constitución, a causa de una idea del progreso científico fundada en la interdisciplinariedad.

28. Por todo ello, no cabe hablar realmente de un “redescubrimiento” de Weimar desde el punto de vista de las personalidades. Se trata más bien de olas de recepción de cada una de las teorías, de su reanimación y de su reducción histórica. Ello nos lleva al tercer aspecto desde el que cabe contemplar nuestro tema: ¿expresan los ciclos coyunturales de Schmitt/Smend y Heller/Kelsen un redescubrimiento programático de “Weimar” o más bien el olvido de un proceder programático originado en la República de Weimar? ¿Cabe recurrir al programa de la doctrina de Weimar o debe ser olvidado?

III. EL REDESCUBRIMIENTO DEL PROGRAMA DE WEIMAR

29. Un redescubrimiento desde el punto de vista del programa significa tratar las categorías fundamentales del Derecho público desde una doble perspectiva, tanto como problemas concretos del Derecho vigente como en cuanto problemas metodológicos abstractos. Objeto y método se colocan en una conexión problemática en el sentido de que las cuestiones concretas que plantean problemas fundamentales desencadenan cuestiones metodológicas, mientras que las cuestiones metodológicas dan las claves para enfrentar aquellos problemas fundamentales. Surge un proceso de doble dirección: la solución de conflictos concretos del Derecho vigente impone el tratamiento de cuestiones metodológicas, y los problemas metodológicos logran un campo de aplicación en los casos del Derecho vigente. Justamente porque las categorías fundamentales remiten a conexiones que se sitúan más allá del puro procesamiento de las normas, su tratamiento impone recurrir a posiciones metodológicas. El conflicto material en torno a un caso concreto plantea un problema fundamental de Derecho constitucional cuya respuesta implica cuestiones metodológicas. De este modo cobran éstas una referencia aplicativa concreta. Lo específico de “Weimar desde la perspectiva del programa” es, por tanto, que los problemas concretos resultan constitutivamente vinculados con las cuestiones metodológicas. La solución de un caso concreto impone el simultáneo tratamiento de cuestiones de método. ¿Cabe hablar en la doctrina iuspublicista de la República Federal de un “redescubrimiento de Weimar” en tal sentido, o más bien la vinculación de las cuestiones metodológicas con las categorías fundamentales del Derecho sustantivo ha existido siempre, y por tanto no es algo que pueda considerarse herencia específica de Weimar? A fin de cuentas, problemas sustantivos siempre se plantean, pero ¿también desencadenan un debate sobre el método, como en la República de Weimar, o absorben más bien el discurso metodológico? En la República de Weimar se carecía con frecuencia de criterios de decisión jurídico-constitucionales, de modo que se desarrollaban discursos metodológicos orientados a la obtención de tales criterios. ¿Qué aspecto cobra todo esto en la República Federal?

1. La prosecución del programa de Weimar (1949-1960)

30. En la República Federal cabe identificar tres fases que podrían denominarse de prosecución, olvido y recuperación del programa de Weimar. Si se consideran las publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político refundada en 1949⁵⁶ que aparecen en los años cincuenta, no sorprende que se abordaran en primer lugar temas que ya habían sido también debatidos en la República de Weimar⁵⁷. Se añadieron además, sin embargo, tres nuevos objetos de deliberación que venían planteados por la nueva situación jurídica y que determinaron los debates en la primera década de la República Federal: a) la cuestión de si el Estado alemán había desaparecido en 1945 o subsistía, b) la relación entre los conceptos de Estado y Constitución y c) el debate sobre el Estado de Derecho y el Estado social.

a) El hundimiento del Estado alemán en 1945

31. ¿Desapareció Alemania en cuanto Estado a causa de la liberación y de la ocupación aliada, de modo que la República Federal representa un Estado nuevo, o fue ésta más bien una construcción jurídico-constitucional que no funda la cualidad estatal, sino que la presupone? Este tema fue muy tratado sobre la base de un concepto de Estado espiritualizado. La discusión retomó aquí, con sorprendente continuidad, perspectivas de la “orientación de las ciencias del espíritu” de los años veinte. Para Günter Dürig, el Estado subsistió --con independencia del final de la guerra, de la partición y del dominio de las fuerzas de ocupación-- como un “hecho espiritual objetivo”. En su ponencia ante la Asociación recurrió Dürig a la filosofía de los valores, ya representada en los años veinte, en términos que permitían sentirse transportado a los tiempos dorados del debate metodológico de Weimar. Aquí hablaba un representante de la joven generación siguiendo la caligrafía retórica y argumentativa de los mayores⁵⁸. Un problema fundamental del Derecho público fue abordado desde la filosofía de los valores. El concepto de Estado trascendió las categorías jurídicas. Metodológicamente, el

⁵⁶ Sobre la refundación de la Asociación Stolleis (cit. en n. 31); Klaus Kempter, *Die Jellineks 1820-1955*, Düsseldorf 1998, págs. 533-537; así como la tesis doctoral de Frieder Günther, *Denken vom Staat her*, Munich 2004.

⁵⁷ Cfr. por ejemplo Erich Kaufmann/Martin Draht, “Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 9 (1952), págs. 1 ss., 17 ss.; Ernst von Hippel/Alfred Voigt, “Ungeschriebenes Verfassungsrecht”, *VVDStRL* 10 (1952), págs. 1 ss., 34 ss.; Herbert Krüger/Carl Hermann Ule, “Das Gesetz als Norm und Maßnahme”, *VVDStRL* 15 (1957), págs. 109 ss., 133 ss. También el tema de la situación actual del Derecho eclesiástico desemboca naturalmente, a través del art. 140 de la Ley Fundamental, en la situación jurídica de los tiempos de Weimar; cfr. Werner Weber/Hans Peters, *VVDStRL* 11 (1954), págs. 153 ss., 177 ss. Una panorámica sistemática y comentada sobre los temas de las Jornadas en Hans Peter Ipsen, *Staatsrechtslehrer unter dem Grundgesetz. Tagungen der Vereinigung 1949-1992*, Tübingen 1993. Sobre las asombrosas continuidades en las discusiones metodológicas de la doctrina civilista antes y después de 1945 Rückert (cit. en n. 1), págs. 138-144.

⁵⁸ Günter Dürig, “Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither”, *VVDStRL* 13 (1955), págs. 27-58.

progreso era nulo, y Kelsen hubiera podido reeditar sin cambio alguno, después de treinta años, su filípica contra el concepto sociológico de Estado⁵⁹.

b) La disputa sobre la contribución a la defensa

32. El concepto de Estado se sitúa también en primer plano cuando se plantea un segundo tema, la relación entre Estado y Constitución, que resultó discutido en especial con ocasión de la llamada “disputa sobre la contribución a la defensa”. Se trataba aquí de la cuestión de si el rearme de la República Federal con vistas a la planeada Comunidad Europea de Defensa resultaba posible sin reforma constitucional. La Ley Fundamental no contenía apoderamiento alguno para la creación de fuerzas militares. Surgía así el problema fundamental de si un Estado, por su propia naturaleza o de acuerdo con su propio concepto, tenía derecho a crear fuerzas militares armadas. Bajo la cuestión concreta despunta la relación entre Estado y Constitución. ¿Cabe deducir de la mera existencia del Estado una legitimación jurídica material para la defensa que vaya más allá de lo expresamente regulado por la Constitución?
33. En enero de 1952, el “jurista de cámara” del partido socialdemócrata Adolf Arndt, junto con otros 144 diputados del SPD, solicitó del recién creado Tribunal Constitucional Federal que constatará que la participación de Alemania en una fuerza militar armada (con la introducción del servicio militar obligatorio, la promulgación de leyes de defensa y la creación de una administración militar) resultaba inconstitucional sin previa reforma de la Ley Fundamental. La admisibilidad del recurso, con la pretensión de una resolución declarativa de carácter cautelar (en el sentido de un control preventivo de normas), era discutible, y el asunto fue finalmente rechazado por el Tribunal por motivos procesales⁶⁰. Esto no privó al conflicto de su importancia política ante la opinión pública (Gustav Heinemann dimitió como Ministro de Interior y abandonó su militancia en la CDU a causa de los planes de rearme de Adenauer), ni tampoco de su trascendencia en cuanto uno de los primeros grandes procesos constitucionales o de su significado como problema fundamental desde la perspectiva de la teoría del Estado. Casi la mitad de los profesores de Derecho político intervino con sus dictámenes⁶¹.
34. Con ocasión de esta disputa se enfrentaron dos perspectivas. De un lado estaba el punto de partida jurídico-constitucional, para el cual en

⁵⁹ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen 1922.

⁶⁰ BVerfGE 1, 396, sentencia del 30 de julio de 1952.

⁶¹ Los dictámenes sobre las cuestiones tanto de Derecho procesal como de teoría del Estado sometidas a debate están publicados en *Der Kampf um den Wehrbeitrag, Halbband I: Die Feststellungsklage*, Munich 1952; *Halbband II: Das Gutachtenverfahren (30.7.1952-15.12.1952)*, Munich 1953. Un tercer tomo apareció en 1958. Sobre este debate Dieter Gosewinkel (cit. en n. 26), págs. 280-309; Richard Häußler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Berlín 1994, págs. 28-39.

una Constitución sólo puede haber tanto Estado como la Constitución pone en pie⁶²; una reforma constitucional era en consecuencia inexcusable para la creación de fuerzas militares armadas⁶³. Del otro lado, quienes colocan el Estado como punto de partida consideran innecesaria una reforma constitucional, puesto que las fuerzas armadas se incluyen ya conceptualmente, por la misma “naturaleza de la cosa”, en “la esencia del Estado”; en tal sentido habrían de interpretarse, por tanto, también las disposiciones competenciales de la Ley Fundamental⁶⁴.

35. Se trata, en definitiva, de un debate sobre los fundamentos del Derecho público, en el que se argumenta con premisas de la teoría del Estado y de la Constitución, se atribuye gran importancia a los aspectos de Derecho comparado (en especial apelando una y otra vez a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos), y se cita a las autoridades de Weimar (con sorprendente excepción de Kelsen y sólo escasa presencia de Heller, en ocasiones retrotrayendo las referencias incluso a Paul Laband y Georg Jellinek). Los dictámenes atraviesan las divisiones de escuela usualmente establecidas. Smend por ejemplo se sitúa aquí contra Scheuner, que por su parte tenía de su lado a Werner Weber y Erich Kaufmann. La doctrina de Weimar estuvo aún presente en este debate; ya no se trataba ciertamente de un problema concreto planteado en la República de Weimar, pero las posiciones teóricas y los argumentos fundamentales seguían siendo los mismos. Por parte de los estatistas se invoca no pocas veces la continuidad del Estado alemán y se recurre directamente a las “competencias inherentes” al Reich alemán de la Constitución de Weimar. Pero la disputa sobre la contribución a la defensa puso también de manifiesto que ciertas escuelas de los tiempos de Weimar ya no resultaban actuales, y que las pretensiones de teoría del conocimiento antes codeterminantes, que en los conflictos de los años veinte siempre se esgrimían, dejaban paso a una actividad más bien de simple deducción a partir de conceptos fundamentales. El pluralismo metodológico que aún existía en la República de Weimar se limita ahora a la orientación determinada por el objeto, que comienza a bifurcarse cuando atiende como objeto al Estado o a la Constitución, así como a sus relaciones recíprocas.

c) Estado de Derecho y Estado social

36. Esta situación culminó en el conflicto sobre la relación entre Estado de Derecho y Estado social que desencadenaron Forsthoff y la escuela de

⁶² La formulación en Adolf Arndt, “Umwelt und Recht”, NJW 1963, págs. 24 ss. (25); confirmada por Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., Berlín 1998, pág. 620.

⁶³ Esta posición fue adoptada, entre otros, por Adolf Arndt, Rudolf Smend, Ernst Forsthoff, Karl Löwenstein, Friedrich Klein, Theodor Maunz (todos ellos en *Wehrbeitrag I/II*, cit. en n. 61).

⁶⁴ Defienden esta posición, entre otros, Adolf Süsterhenn, Hermann v. Mangoldt, Erich Kaufmann, Ulrich Scheuner, Werner Weber, Richard Thoma.

Schmitt⁶⁵. La controversia se prolongó durante los años cincuenta. Ningún otro debate tuvo en esa década una importancia tan sostenida y central. Forsthoff contrastaba el Estado de Derecho con el Estado social. Sólo el primero resultaba para él parte genuina de la Constitución⁶⁶; en el Estado social no veía, por el contrario, un principio del Derecho constitucional que fuera comparable al del Estado de Derecho, sino una determinación de fines del Estado dirigida al legislador. El campo de aplicación del postulado del Estado social no sería el Derecho constitucional, sino el Derecho administrativo, en cuanto Derecho de la legislación ordinaria. Para su concretización en el sentido de la procura existencial estaría llamada especialmente la Administración, una Administración prestadora de servicios, en buena medida liberada de la vinculación legislativa, que no debía resultar concernida por la reserva de ley. El Estado social orientado a una Administración prestacional parece neutral, apolítico, no accesorio respecto de la ley y por ello separado del Derecho constitucional.

37. Forsthoff operaba con una concepción idealizada de la Constitución, derivada del liberalismo y superpuesta a la Ley Fundamental. Mediante una construcción histórica que, en cuanto esencia de la “Constitución”, se opone a la “ley constitucional”, se sirve de una clásica figura argumentativa de Schmitt⁶⁷, que le había dirigido la tesis doctoral, y persigue una estrategia de doble estatalización. En el Derecho constitucional defiende una interpretación normativa estricta, recurre al tenor literal, refuerza los métodos positivistas y formales, y alcanza así una comprensión estrecha del texto de la Ley Fundamental. Esto deja espacio para una idea del Estado que va más allá de la Constitución y en la que pasaban a integrarse aquellas decisiones fundamentales que Forsthoff no quería extraer de la Constitución. Los prejuicios acerca del Estado dominaban, pues, frente al Derecho constitucional. La segunda estatalización se refería al Derecho administrativo, donde una

⁶⁵ Las principales contribuciones al debate están recogidas en Ernst Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968. Sobre el debate cfr. también Dieter Suhr, “Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit”, *Der Staat* 9 (1970), págs. 67-93; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Rechtsstaat im Wandel”, *NJW* 1976, págs. 1385 s.; Ingeborg Maus, “Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats”, en su libro *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, Munich 1986, págs. 11-82.

⁶⁶ Ernst Forsthoff, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *VVDStRL* 12 (1954), págs. 8-36; cfr. también su libro *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster 2.^a ed., 1961 (1954); y su artículo “Die Bindung an Gesetz und Recht”, *DÖV* 1959, págs. 41-44; en sentido diferente Otto Bachof, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *VVDStRL* 12 (1954), págs. 37-84, que concibe el postulado del Estado social también como expresión de la democracia (pág. 47). Colocando en el centro de ambos conceptos la democracia y la política Wolfgang Abendroth, intervención en los debates de las Jornadas, *ibid.*, págs. 85-92; cfr. también su artículo “Rechtsstaat” (cit. en n. 30). Con cierta perspectiva temporal lo contempla Ulrich Scheuner, “Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat”, *FS Hans Huber*, Bern 1981, págs. 127-142.

⁶⁷ Cfr. Ernst Forsthoff, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes” (cit. en n. 27). Al respecto Ulrich Storost, *Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff*, Frankfurt 1979, págs. 147-155: a su juicio, Forsthoff rellena de contenido la concepción schmittiana del concepto. Sobre la argumentación de Schmitt con situaciones históricas idealizadas y falsificadas también Jeffrey Seitzer, *Comparative History and Legal Theory*, Westport/CT 2001.

Administración prestacional llamada a la concretización del Estado social (“procura existencial”) quedaba alejada de la vida política parlamentaria en la medida en que las leyes administrativas resultan sometidas a los criterios históricos idealizados de la generalidad y de la adecuación a los postulados del Estado de Derecho, que excluyen en gran medida la acción y regulación políticas mediante ley parlamentaria. En este contexto debe contemplarse el rechazo de Forsthoff a la ley-medida⁶⁸. La intervención democrática en la economía y la configuración social aparecían como sospechosas desde el punto de vista del Estado de Derecho. Forsthoff pretendía mantener al margen de la política tanto el ámbito del Derecho constitucional como el del Derecho administrativo, sin darse cuenta de que, en la democracia, es tarea de las normas formalizar la voluntad de conformación política y vincularla a criterios jurídicos. Tal tarea conformadora pretendía asegurársela Forsthoff, por el contrario, a las elites tradicionales, a los teóricos refinados y a los burócratas expertos. Tras ello se ocultan convicciones fundamentales de teoría del Estado que descansan sobre una imagen histórica e idealizada del Estado de Derecho predemocrático⁶⁹. En 1959, Forsthoff reforzó esta posición desde el punto de vista metodológico con un ataque contra la teoría de la integración y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷⁰. Evocó el peligro de que la “Constitución del Estado de Derecho” se transformara en una “Constitución generadora de sentido”. El artículo de Forsthoff en el libro-homenaje a Carl Schmitt se situaba explícitamente en la línea programática de la tradición de Weimar, y poco después siguió el embate de Schmitt contra la “tiranía de los valores”⁷¹.

38. En 1959-1960 alcanza su cenit el legado programático de la doctrina de Weimar, aunque de modo muy unilateral, por obra de Forsthoff, que se servía de categorías schmittianas⁷². La parte contraria estaba en primera línea representada por Ulrich Scheuner, que tenía una sensibilidad especial para los cambios y los desarrollos, y que trazaba un puente con Weimar en la elección de temas y en los métodos⁷³; de este modo,

⁶⁸ Ernst Forsthoff, “Über Maßnahmegesetze”, en *GS Walter Jellinek*, Munich 1955, págs. 221-236.

⁶⁹ Cfr. Storost (cit. en n. 67), págs. 100-138; véase también Peter Häberle, “Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk von Ernst Forsthoff”, *JZ* 1975, págs. 685-689; y del mismo autor “Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs”, en su libro *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2.ª ed., Berlín 1996, págs. 396-406 (1976).

⁷⁰ Forsthoff, “Umbildung” (cit. en n. 27), págs. 54 ss. contra Smend, al que se le atribuye una influencia determinante sobre la jurisprudencia.

⁷¹ Schmitt, *Tyranei* (cit. en n. 9).

⁷² Cfr. como contundente reacción frente a la formación de esta escuela Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe 1961, págs. 45-54, 63-66; Erich Kaufmann, “Carl Schmitt und seine Schule. Offener Brief an Ernst Forsthoff”, *Deutsche Rundschau* 84 (1958), págs. 1013-1015, también recogido en sus *Gesammelte Schriften Band III*, Göttingen 1960, págs. 375-377; Kaufmann reclama aquí una “clarificación de las cuestiones centrales y decisivas de nuestra ciencia”. Sobre Kaufmann, para el que mantuvieron vigencia a lo largo de toda su vida los conflictos metodológicos y las orientaciones de Weimar, Peter Lerche, “Erich Kaufmann – Gelehrter und Patriot”, en Peter Landau/Hermann Nehlsen (ed.), *Große jüdische Gelehrte an der Münchner Juristischen Fakultät*, Ebelsbach 2001, págs. 20-31.

⁷³ En tal sentido Peter Häberle, “Ulrich Scheuner” (cit. en n. 20), págs. 26, 28, 32.

encarnaba la otra cara del programa de Weimar, aunque metodológicamente esto sólo pudiera afirmarse en términos relativos. Scheuner y Forsthoff aparecían en torno a 1960 como las dos figuras dominantes de la doctrina del Derecho político, en las jornadas de la Asociación Scheuner aún más dominante⁷⁴. Tras ellos se alinean dos orientaciones fundamentales diferentes, hacia la Constitución (Scheuner) o hacia el Estado (Forsthoff).

d) ¿Continuidad con Weimar como discontinuidad respecto del nacionalsocialismo?

39. En conjunto, la herencia de Weimar como programa estuvo presente en la primera década de la República Federal, aunque el pluralismo de los años veinte se había atrofiado entretanto. En cuando al objeto, predominó un debate sobre la relación entre Estado y Constitución que se puso de manifiesto en diversos temas, del modo más claro y agudo en la controversia sobre el Estado social y de Derecho. Las concepciones metodológicas que generan su propio objeto estaban entonces claramente infrarrepresentadas.

40. Con la continuidad de Weimar había de permanecer también presente, pero soterrada, la actitud de la mayor parte de los profesores de Derecho político durante el régimen nacionalsocialista, sin que fuera posible tematizarla, analizarla y reducirla a su valor histórico. La refundación de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Político se produjo enlazando conscientemente con Weimar, con la latente pretensión de ocultar así los años del nacionalsocialismo⁷⁵. Aunque sólo fuera por la sangría de personalidades y el empobrecimiento en contenidos y métodos que ello significaba, la ilusión de una inmediata continuidad con Weimar había de representar una quimera⁷⁶. Como alternativa quedaba la continuidad con Schmitt o Smend; con ella permanecía en la memoria, pero a la vez convertida en

⁷⁴ Cfr. Häberle, "Ulrich Scheuner" (cit. en n. 73), pág. 35: la impresión que causaba Scheuner habría sido incomparable; realiza ahí un análisis de las intervenciones de Scheuner en los debates.

⁷⁵ Cfr. Richard Thoma, discurso de apertura, *VVDStRL* 8 (1950), págs. 1 s. Ernst Friesenhahn, que se cuenta entre los primeros Magistrados del Tribunal Constitucional, recoge el acontecimiento con las siguientes palabras, cfr. *Staatsrechtslehrer und Verfassung. Rede zum Antritt des Rektorates der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Bonn am 5. November 1950*, Krefeld 1950, págs. 6 s.: "En su discurso de apertura de las sesiones, el senior de este círculo ensalzó la vieja Asociación, con cuyos trabajos se podría y se querría enlazar de nuevo. Y entonces comenzaron las ponencias y las discusiones sobre dos cuestiones de interpretación positiva de la Ley Fundamental de Bonn muy delimitadas. Los doce años en los que el poder había estado situado por encima del Derecho y en los que no había podido hablarse de una verdadera Constitución parecían haberse desvanecido. La poco honorable actitud de la doctrina alemana del Derecho político en aquellos días --¿culpa nuestra?-- se superó mediante la imposición de silencio, pero tampoco se puso de manifiesto la tarea fundamental de la doctrina del Derecho político en la época constitucional que ahora se abría. ¡Una representación verdaderamente fantástica!".

⁷⁶ Sobre la historia de la refundación y el amplio intercambio de correspondencia que desencadenó la readmisión de colegas sobre los que pesaba la hipoteca del nacionalsocialismo Stolleis, "Die Vereinigung" (cit. en n. 31), págs. 346-355.

tabú, la indecorosa relación de la mayor parte de los juristas con el régimen nacionalsocialista. No se pudo hablar de ello en cuanto fenómeno histórico⁷⁷. Todo un espectro de relaciones (del silencio de Smend hasta la activa complacencia de Schmitt⁷⁸) se convirtió así en herencia compartida por la doctrina. De este modo era imposible que se produjera distanciamiento alguno respecto del propio pasado. En la corriente central de la doctrina alemana de los años cincuenta, el estrechamiento de la diversidad intelectual existente en la República de Weimar a una alternativa entre Schmitt y Smend proporciona una imagen llena de significado acerca del adelgazamiento espiritual y del diverso grado de vinculación en el régimen nacionalsocialista. No cupo recuperar las personalidades que daban cuerpo al pluralismo de Weimar. El retorno de emigrantes como Erich Kaufmann o Gerhard Leibholz reforzaba más bien la ya reestablecida orientación determinada por el objeto de estudio⁷⁹. Teóricos decisivos habían fallecido, o bien se habían vuelto en la emigración hacia la ciencia política, permaneciendo así expatriados en el ámbito científico del Derecho político alemán⁸⁰.

41. La crítica metodológica a la jurisprudencia del orden de valores se produce, además, en un contexto temporal políticamente determinado. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Lüth desencadena, no sin motivo, una crítica vehemente. Dejando a un lado su perenne significado en la teoría de los derechos fundamentales, la sentencia estuvo dotada entonces de un gran significado político, puesto que el Tribunal se oponía con ella, desde el Derecho constitucional, a tendencias restauradoras de las viejas elites que habían recuperado influencia política⁸¹. La ocasión se presentó con motivo de un proceso civil sobre la llamada al boicot del entonces conocido periodista, jefe de prensa del Senado de Hamburgo, Erich Lüth, contra la nueva película del director del film nacionalsocialista "Jud Süß", Veit Harlan, que había

⁷⁷ Con referencia a ciertas personas, esto se impuso ya en casos particulares en los años sesenta, cfr. para Carl Schmitt Hofmann, *Legalität* (cit. en n. 16); se convirtió en un tema de la Historia del Derecho a finales de los años sesenta, en tema del Derecho político sólo cincuenta años más tarde, cfr. Horst Dreier/Walter Pauly, "Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus", *VVDStRL* 60 (2001), págs. 9 ss., 73 ss; sobre el debate Oliver Lepsius, "Die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2000 in Leipzig", *AÖR* 126 (2001), págs. 441-469 (441-448); Bernhard Schlink, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Frankfurt 2002, págs. 124-144.

⁷⁸ Cfr. Dirk Blasius, *Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich*, Göttingen 2001.

⁷⁹ Cfr. Peter Lerche, "Erich Kaufmann" (cit. en n. 72); Emanuele Castrucci, *Tra Organicismismo e „Rechtsidee“: Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Mailand 1984; Manfred Wiegandt, *Norm und Wirklichkeit. Gerhard Leibholz (1901-1982) – Leben, Werk und Richteramt*, Baden-Baden 1995; sobre ambos en el contexto de Weimar Lepsius, *Begriffsbildung* (cit. en n. 8), págs. 164 ss., 344 ss.

⁸⁰ Esto es aplicable por ejemplo a Arnold Brecht, Ernst Fraenkel, Hans Kelsen, Karl Löwenstein, Hans Morgenthau, Franz Neumann. Cfr. sobre estos y algunos otros Ernst C. Stiefel/Frank Mecklenburg, *Deutsche Juristen im amerikanischen Exil (1933-1950)*, Tübingen 1991; Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael Hoeflich (ed.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Tübingen 1993; Claus-Dieter Krohn (ed.), *Exil und Neuordnung. Beiträge zur verfassungspolitischen Entwicklung Deutschlands nach 1945*, Düsseldorf 2000.

⁸¹ Cfr. sobre la sentencia del caso Lüth-Urteil lo dicho supra, en n. 26.

recobrado notoriedad. El Tribunal Supremo Federal había prohibido a Lüth que llamara al boicot de la película de Harlan; para el Tribunal Constitucional, Lüth podía apelar a la libertad de opinión. Esta sentencia se convirtió en una señal política: el coraje civil en el procesamiento del pasado nacionalsocialista se hacía acreedor de la protección jurídico-constitucional de la Ley Fundamental. Se protegía jurídicamente un pluralismo que en la sociedad ciertamente existía, pero no en la doctrina del Derecho público⁸².

2. La disolución del programa de Weimar (1960-1980)

42. En torno a 1960 apareció en escena una joven generación que no podía atisbar posibilidad alguna de progreso mediante la prosecución programática unilateral de las cuestiones disputadas en Weimar. Escéptica frente al mantenimiento de las viejas trincheras de los años veinte, percibía la situación como una parálisis, al menos en la medida en que el pluralismo de Weimar había desaparecido y el empeño consciente en proseguir el programa de Weimar encubría con frecuencia un trasfondo político. Hacía falta una ruptura temática y metodológica. Además, los problemas que urgía resolver no se situaban, a los ojos de la nueva generación, en un nivel fundamental que dependiera del método, sino que surgían de la propia Ley Fundamental. La nueva Constitución colocaba en el centro de atención problemas concretos. También la novedosa jurisdicción constitucional necesitaba ser procesada en cuanto institución y en su praxis decisoria.

a) La formulación tónica de la cuestión metodológica

43. La nueva generación de 1960 propugnó implícitamente el distanciamiento respecto del programa de Weimar: los problemas debían ser resueltos, no sobrecargados con disputas metodológicas que, a fin de cuentas, no cabía decidir conforme a criterios de acierto o error, sino mediante preferencias personales. En una ponencia en el Seminario de Friburgo formuló Alexander Hollerbach una muy influyente crítica a la perpetuación de las controversias metodológicas por parte de Forsthoff⁸³. Peter Lerche expuso en la clase magistral con la que toma posesión de su cátedra de Berlín que los prejuicios metodológicos, denominados por él “cuestiones de estilo”, no podían ser considerados de manera aislada. En ese plano no cabía lograr el acierto; éste surgía más bien cuando diferentes perspectivas fundamentales concordaban en el mismo resultado. El objetivo no era el conflicto en torno a las categorías fundamentales, sino la formación de conceptos intermedios, de standards y de fórmulas de análisis (como el principio de

⁸² Una concisa imagen del desarrollo en los años cincuenta en Alfred Rinke, *Einführung in das juristische Studium*, 3.^a ed., Munich 1996, págs. 190 ss., sobre el significado político de la sentencia del caso Lüth pág. 199.

⁸³ Alexander Hollerbach, “Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?”, *AöR* 85 (1960), págs. 241-270. Este artículo y también los citados a continuación están recogidos igualmente en R. Dreier/F. Schwegmann (cit. en n. 27).

proporcionalidad o el de razonabilidad)⁸⁴. Esta generación no pretende el conflicto en los niveles superiores de la metateoría, sino la elaboración de “teorías de alcance intermedio”.

44. La mayor conmoción provino probablemente de la ponencia de Horst Ehmke sobre la interpretación constitucional en las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Político de 1962 – uno de los pocos casos, por lo demás, en los que se han discutido explícitamente en tales Jornadas problemas metodológicos⁸⁵. La ponencia de Ehmke sintetizaba las críticas, abría paso a una nueva concepción de la interpretación orientada a la práctica y de raíz hermenéutica, y también sustituía la autorreferencialidad alemana de la discusión desarrollada hasta el momento mediante el recurso comparatista al Derecho norteamericano. Ehmke abogaba por concentrarse en el caso y ordenar el conjunto de discusiones en torno a él dotándolas de unidad y sentido; defendió el pensamiento tópico problemático frente al postulado de un método general de interpretación, que a su juicio se situaba al margen del ámbito de problemas específicamente jurídico⁸⁶. Habría que promover por tanto una teoría de la Constitución orientada a las cuestiones concretas (dicho al revés: no orientada por los métodos), que comprendiera en su seno el horizonte de problemas. De modo que, a partir de tal hermenéutica jurídico-constitucional, desarrolló Ehmke una teoría material de la Constitución⁸⁷. Con la apelación a una hermenéutica material y el anclaje de esta perspectiva en una división institucional de tareas entre el legislador y el juez constitucional, Ehmke tomaba en consideración tanto las novedades del Derecho de la organización estatal (en especial la jurisdicción constitucional) como la importancia del legislador parlamentario en cuanto primer intérprete de los derechos fundamentales⁸⁸. Ehmke rechazó la idea de una unidad, sea sistemática (en el sentido de las formas ideales de Forsthoff), sea derivada de una jerarquía de valores (en el sentido de la filosofía de los valores). Se ofrecía así una vía de escape frente al pensamiento de la ética material de los valores y del orden de valores, que se había extendido ampliamente también más allá del Derecho constitucional, por ejemplo en la filosofía del Derecho⁸⁹. De Smend pudo recibir diversos legados, pero no ciertamente el existencialismo filosófico y la fenomenología de los años veinte. En el pluralismo metodológico con simultánea atención a los problemas previamente dados resulta más bien procesada la herencia de Heller.

⁸⁴ Peter Lerche, “Stil, Methode, Ansicht”, *DVBl.* 1961, págs. 690-701. Sobre los problemas que plantea una metodología autonomizada habla Christian Graf von Pestalozza, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat* 2 (1963), págs. 425-449 (449).

⁸⁵ Horst Ehmke, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL* 20 (1963), págs. 53-102 (55 s.).

⁸⁶ Ehmke (cit. en n. 85), pág. 60. Compartiendo el pensamiento tópico-problemático Ulrich Scheuner, “Pressefreiheit”, *VVDStRL* 22 (1965), págs. 61 s.

⁸⁷ Ehmke (cit. en n. 85), págs. 62, 64 ss.

⁸⁸ Sobre esto último también ya Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Colonia 1961.

⁸⁹ Cfr. sólo Neumann, “Rechtsphilosophie” (cit. en n. 29), págs. 145-187 (148-158).

45. Después de que Ehmke declarara la teoría orientada al objeto como la auténtica hermenéutica y la teoría material de la Constitución como método, el debate sobre los métodos quedó clausurado⁹⁰. Conforme al dictamen de Forsthoff, había quedado asentado el consenso implícito de evitar las controversias metodológicas, al menos en la medida en que parecieran prescindibles para la solución de problemas concretos. Se trataba más bien de desarrollar, en su lugar, teorías de alcance intermedio que pudieran también tomar en consideración las nuevas disposiciones materiales e institucionales de la Ley Fundamental. Se había hecho posible el tratamiento de problemas concretos sin plantearse cuestiones metodológicas. Responsable de que el planteamiento del problema metodológico desde una perspectiva institucional y de teoría del conocimiento se sustituyera por una visión tópica y hermética fue, en buena medida, la jurisdicción constitucional que se había establecido. La poco clara situación constitucional de Weimar desencadenaba controversias metodológicas, mientras que en la República Federal, por el contrario, los discursos metodológicos resultaron marginalizados a causa de su escasa relevancia para la praxis, excluidos en el procesamiento del Derecho vigente. Desde el punto de vista del objeto, el pluralismo de Heller fue sometido a una simbiosis con la idea de la integración, mientras que los riesgos metodológicos (sincretismo de Heller y Smend) parecían conjurados por la tópica y la hermenéutica⁹¹, susceptibles de ser dominados por un proceder casuístico en la tradición de cierto constitucionalismo occidental⁹².

⁹⁰ Crítico con el desarrollo Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft" (1983), en su libro recopilatorio *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, págs. 11-28 (20 s.); y "Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik", *NJW* 1976, págs. 2089-2099, aquí citado conforme a la reimpression en la mencionada recopilación, págs. 53-89 (simultáneamente contra Forsthoff y Scheuner/Ehmke/Smend/Hesse). Böckenförde apela a la dependencia recíproca de objeto y método y propone por ello un debate sobre el concepto de Constitución y la teoría de la Constitución (págs. 82-84).

⁹¹ Muy influyentes Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Munich 1954, 5.ª ed., 1974; Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960, 6.ª ed., 1990. La influencia intelectual que ejercieron tales posiciones en los años sesenta puede apreciarse por ejemplo en la tesis doctoral de Eberhard Schmidt-Aßmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus. Untersuchungen zu den Vorstufen eines hermeneutischen Verfassungsdenkens*, Berlín 1967, esp. págs. 14-33.

⁹² Recurren al círculo jurídico del common law por ejemplo Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe 1961, o Ekkehart Stein, *Der Mensch in der pluralistischen Demokratie. Die Freiheitsrechte in Großbritannien*, Frankfurt 1964. El pensamiento jurídico orientado al caso también fue difundido especialmente por Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956, 4.ª ed., 1990; el libro debe ser valorado también como un intento estratégico de asimilación a la cultura jurídica occidental, después de la experiencia nacionalsocialista, mediante el recurso a un desarrollo casuístico del Derecho según los modos del common law. Cfr. también Ehmke, "Verfassungsinterpretation" (cit. en n. 85), pág. 54 con notas 4 a 6.

b) La separación de las cuestiones metodológicas respecto de los temas concretos

46. Lo que, visto retrospectivamente, parece un progreso, en cuanto superación de la tediosa prosecución unilateral de las disputas metodológicas de Weimar, también puede ser descrito en términos negativos: ya no había espacio para los debates sobre los fundamentos científicos. En los años sesenta hizo su aparición un pluralismo metodológico orientado al caso que redujo las cuestiones metodológicas, en cuanto problema hermenéutico, a asunto jurídico ordinario y, merced a la irrupción general de la hermenéutica, las dotó de la etiqueta del progreso filosófico. Los problemas sustantivos y las cuestiones metodológicas comenzaron a seguir caminos separados. De un lado se desarrolló una viva discusión sobre los métodos que, sin embargo, se alejaba de los problemas sustantivos del Derecho vigente y se autonomizaba. Si antes las grandes obras sobre el método siempre se habían escrito con referencia a cuestiones de fondo, piénsese por ejemplo en las obras fundamentales de Derecho político en la República de Weimar, ahora aparecen en su lugar sea investigaciones especiales sobre el Derecho vigente, sea trabajos abstractos sobre método. Por lo demás, la orientación hacia los problemas concretos nacida en los años sesenta se contrajo ante la moderación metodológica. El horizonte de problemas resultó cada vez más especializado y profesional, orientado a su instrumentalización práctica. Después de 1970, el empeño por desarrollar teorías de alcance intermedio se redujo notablemente. Los autores que pretendían desarrollar tales teorías justamente sin orientarse por los casos concretos se convirtieron de repente en una minoría⁹³. “Método se tiene, no se habla sobre método”: la frase se convirtió en una expresión común.

47. La tendencia a orientarse por los problemas, con indiferencia hacia las cuestiones metodológicas, puede observarse también en el tratamiento de las categorías fundamentales del Derecho público en las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho político⁹⁴. Se exponen sin lastrarlas metodológicamente. En lugar de clarificaciones previas de teoría del conocimiento aparecen descripciones funcionales del sistema político⁹⁵. La rivalidad del nuevo enfoque frente al anterior, basado en conceptos fundamentales, se puso de manifiesto por ejemplo en la discusión sobre la influencia de las asociaciones y los grupos sociales. Lo que para unos representaba una amenazadora infiltración en el Estado, resultaba para otros condición de funcionamiento de la sociedad

⁹³ Cabe pensar por ejemplo en Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín 1976, y *Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung*, Berlín 1982.

⁹⁴ En este sentido también Ipsen, *Staatsrechtslehrer* (cit. en n. 57), págs. 80, 92.

⁹⁵ Este nuevo estilo se va esbozando ya en Ernst Friesenhahn, “Parlament und Regierung im modernen Staat”, *VVDStRL* 16 (1958), págs. 9-73; Konrad Hesse, “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *VVDStRL* 17 (1959), págs. 11-52. En esta tradición también quizá Martin Kriele, “Das demokratische Prinzip im Grundgesetz”, *VVDStRL* 29 (1971), págs. 46-84.

plural⁹⁶. Un tema como la vinculación del juez a la ley, que antes hubiera dado ocasión a intensas controversias metodológicas, se convirtió en buena medida en un análisis de la posición del juez en la estructura constitucional de funciones⁹⁷. Resulta inocultable la ruptura con el estilo de los debates que se desarrollaban todavía en los años cincuenta. La sociedad del momento se convirtió en centro de interés en cuanto sistema político. Sus condiciones normativas de funcionamiento habían de ser procesadas; las fórmulas generales no aportaban ya al respecto respuesta alguna. El proceso político, que incluye los procedimientos y las normas que los regulan, experimentó una revalorización significativa, mientras que la deducción conceptual, sea desde valores objetivos, sea desde formas típicas idealizadas, pasó progresivamente a la reserva⁹⁸.

c) Del pluralismo metodológico a la aversión al método

48. Las cuestiones metodológicas fundamentales se separaron, por su parte, de los temas concretos del Derecho público, y quedaron deferidas a un sector disciplinar autónomo, fuera en concreto a la teoría del método de orientación iuscivilista, a la filosofía del Derecho vinculada más bien al Derecho penal, o también al relativamente novedoso campo de investigación que conformaba la teoría del Derecho. En los años setenta y ochenta subsistía ciertamente una viva discusión sobre los métodos, pero, a diferencia de lo que ocurría en Weimar, estaba completamente al margen de los problemas materiales. En el ámbito del Derecho público vigente puede advertirse en ese tiempo incluso una aversión al método, que con frecuencia aparece maquillada como pluralismo metodológico. Las categorías fundamentales del Derecho público mantuvieron abierto su alcance, sin que se les preguntara ya por su origen y contenido histórico, filosófico, sociológico o político⁹⁹. Puede

⁹⁶ Pesimistas por ejemplo Josef H. Kaiser, *Die Repräsentation organisierter Interessen*, Berlín 1956, págs. 308 ss.; Werner Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3.ª ed., Berlín 1970, págs. 40 ss., 55 s., 217 ss., 243 ss.; Gerhard Leibholz, "Staat und Verbände", *VVDStRL* 24 (1966), págs. 5-33 (27 ss.); Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munich 1971, págs. 119 ss.; no son pesimistas Horst Ehmke, intervención en los debates de las Jornadas de la Asociación, *VVDStRL* 24 (1966), págs. 94-96; Ulrich Scheuner, "Politische Repräsentation und Interessenvertretung", *DÖV* 1965, págs. 577-581. Panorámicas en Rudolf Steinberg, *Staatslehre und Interessenverbände*, Freiburg 1971, págs. 145 ss.; Dieter Grimm, "Verbände", en Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (ed.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2.ª ed., Berlín 1994, § 15.

⁹⁷ En tal sentido Ulrich Scheuner, intervención en los debates de las Jornadas de la Asociación, *VVDStRL* 34 (1975), pág. 95, acerca de las ponencias de Gerd Roellecke y Christian Starck, "Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung", *VVDStRL* 34 (1975), págs. 7 s., 43 ss.; Scheuner alaba la continencia de los ponentes frente a las cuestiones metodológicas. Todas las ponencias de este volumen, también sobre el tema "Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit" por parte de Rupert Scholz, *ibid.*, págs. 145 ss. (152: "multidisciplinarietà") y de Eberhard Schmidt-Aßmann, *ibid.*, págs. 221 ss. (236: "relaciones administrativas poligonales"), abordan aspectos metodológicos, pero de un modo que no polarizaba ni resultaba provocador; posiciones diferentes resultaban unificadas mediante el pluralismo.

⁹⁸ Cfr. Lerche, "Stil, Methode, Ansicht" (cit. en n. 84), pág. 695.

⁹⁹ Crítico Wilhelm Henke, "Recensión" de Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band II*, en *Der Staat* 21 (1982), págs. 277-280, que constata como situación de la doctrina alemana del Derecho político un "pluralismo de teoría de la ciencia" al que cabría

servir como ejemplo la utilización acrítica, en forma de lugar común aceptado por todos, de conceptos con presupuestos enormemente complejos, como “Estado” o “Estado de Derecho”.

49. Quizá toca fondo este proceso en las Jornadas de la Asociación celebradas en 1979, cuando en el edificio del Reichstag de Berlín Norbert Achterberg, de modo poco diplomático y un tanto arrogante, pero con razón, reclamó atención para la teoría, y resultó reprendido por ello por parte de Hans Peter Ipsen, que tras la muerte de Scheuner se había convertido en el Nestor, el patriarca de la Asociación¹⁰⁰. Achterberg había hecho referencia a la poco halagüeña circunstancia de que tras treinta años de Ley Fundamental se careciera aún de una teoría de la Constitución, convertida en mero desideratum. Caracterizó el pluralismo metodológico de su tiempo como “sincretismo de disciplinas”, y denunció “insuficiencias argumentativas”¹⁰¹. Su ponencia puede ser entendida como un alegato en defensa de una nueva mirada al programa de Weimar. Achterberg mismo asume el programa cuando aplica posiciones de teoría del Derecho al tratamiento de la situación jurídica de Alemania, de modo que busca las soluciones jurídicas con ayuda de previas consideraciones teóricas y muestra así que estas soluciones dependen de puntos de vista teóricos previamente seleccionados. La ponencia pone al descubierto la falta de proyección teórico-constitucional de categorías centrales del Derecho constitucional como el Estado de Derecho, el Estado social, la democracia o el Estado federal¹⁰². No pudo sorprenderle que la generación anterior, a partir de su propia biografía científica, percibiera tal reproche como injusto en grado sumo, y tampoco que no sintiera simpatía por el recurso a Kelsen o por la inclusión de aspectos procedentes de la teoría de sistemas¹⁰³. Si cabe generalizar a partir de este episodio significativo, podría decirse que en torno a 1980 se había alcanzado la cumbre del olvido del programa de Weimar¹⁰⁴. Las cuestiones metodológicas estaban

reprochar una “carencia de abstracción y delimitación metodológica, quizá también de fantasía en la configuración de los conceptos e institutos jurídicos”. Véase también del mismo autor la “Recensión” de Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band I, Der Staat 18* (1979), págs. 441-446.

¹⁰⁰ Norbert Achterberg, “Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz”, *VVDStRL 38* (1980), págs. 55-111; Hans Peter Ipsen, intervención en el debate subsiguiente, *ibid.*, pág. 148, que advierte a los futuros ponentes que, en lugar de extenderse en cuestiones de método, apliquen el método al tratamiento de la propia cuestión. Cfr. ya el mismo autor, “50 Jahre Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, *AöR 97* (1972), págs. 375-417 (377): “Sigue necesitándose una reflexión autocrítica para valorar si las Jornadas de la Asociación han contribuido en medida suficiente a plantear las cuestiones fundamentales acerca de los métodos y de los temas centrales de la disciplina y a someterlos a una crítica de principio”.

¹⁰¹ Achterberg (cit. en n. 100): teoría constitucional como desideratum págs. 61-63; las dos últimas referencias proceden de las págs. 65 y 68.

¹⁰² *Ibid.*, págs. 81-91.

¹⁰³ *Ibid.*, págs. 63 s., 94 sobre la teoría de sistemas, págs. 62, 67 s. y 87 sobre Kelsen. Cfr. por la misma época también Horst Dreier, “Hans Kelsen und Niklas Luhmann”, *Rechtstheorie 14* (1983), págs. 419-458.

¹⁰⁴ Cfr. Böckenförde, “Eigenart des Staatsrechts” (cit. en n. 90), pág. 24, que en 1983 habla de una “crisis actual de la ciencia jurídica”, teniendo a la vista en primer lugar el Derecho político.

divorciadas del tratamiento de los problemas sustantivos, habían sido transferidas a un discurso teórico autonomizado en sus autores e irrelevante para la práctica. Por supuesto que hay excepciones, como los escritos de Ernst-Wolfgang Böckenförde, Dieter Grimm y Rainer Wahl, que iluminan los conceptos fundamentales del Derecho público en primer lugar desde puntos de vista históricos, o la perspectiva jurídico-comparada, en términos de simbiosis cultural, propia de Peter Häberle.

d) La teoría de los derechos fundamentales como excepción

50. Con todo, debe constatarse una excepción en el ámbito temático de la teoría de los derechos fundamentales. Se trata seguramente de la más significativa aportación genuina de la doctrina alemana del Derecho político tras la segunda guerra mundial. A lo largo de los años, la teoría de los derechos fundamentales desempeñó el papel de refugio para la teoría: éste era el ámbito del Derecho vigente cuyos problemas sustantivos planteaban problemas metodológicos y exigían recurrir a prejuicios teóricos. La resolución de problemas en materia de derechos fundamentales desencadenaba problemas de método¹⁰⁵. Si el programa de Weimar sobrevivía en alguna parte, era aquí. La doctrina alemana de los derechos fundamentales cobró trascendencia incluso internacional justamente a causa de las discusiones teóricas implicadas en ella. Y, en sentido contrario, el potencial teórico que encarnaba esta teoría indujo también a abordar normativamente con recurso a los derechos fundamentales cuantos problemas y transformaciones se planteaban en la vida constitucional de la República Federal. Por ejemplo, las clásicas cuestiones de la teoría de las tareas del Estado, como los límites de la privatización o la constitucionalización de la protección medioambiental, fueron tratadas por la doctrina alemana con los medios que proporcionaba la teoría de los derechos fundamentales, sin concebirlas, como hubiera parecido más natural, como un problema inserto en el Derecho de la organización estatal. Expresión de esa expansión temática son, no en último lugar, las “teorías objetivas de los derechos fundamentales”. Esta marcha triunfal de la teoría de los derechos fundamentales se explica también parcialmente a partir de la pobreza teórica del Derecho de la organización estatal¹⁰⁶.

3. El redescubrimiento del programa de Weimar (desde 1980)

51. El escaso interés en proseguir el programa de Weimar, entendido como vinculación de los problemas sustantivos con las cuestiones metodológicas, se entiende en buena medida por la orientación hacia problemas concretos que venían dados en cuanto objeto de reflexión tónica por las decisiones del Tribunal Constitucional Federal o por los

¹⁰⁵ Por todos Lerche, *Übermaß* (cit. en n. 88); Peter Häberle, *Wesensgehaltsgarantie* (cit. en n. 35) y “Grundrechte im Leistungsstaat”, *VVDStRL* 30 (1972), págs. 43-141; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *NJW* 1974, págs. 1529-1538; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985.

¹⁰⁶ Con más detalles al respecto Oliver Lepsius, “Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?”, *EuGRZ* 2004, págs. 370-381.

desarrollos políticos de actualidad. Las cuestiones sometidas a debate no necesitaban ser formuladas, sino que surgían de la praxis constitucional. Cuanto más especiales fueran los casos y más densas las discusiones con el Tribunal Constitucional, menor había de resultar el interés por las cuestiones metodológicas. A causa de su orientación hacia el caso concreto, el Tribunal Constitucional no puede, ni tampoco debe, desarrollar una teoría constitucional de amplias pretensiones, no ha de actuar como sustituto del legislador ni como dictador metodológico. Lo que, a juicio de Hesse, se aplicaba al Tribunal Constitucional, hubo de servir también para una doctrina orientada a los problemas¹⁰⁷. Evocando el viejo “positivismo de la ley”, comenzaron a elevarse quejas frente al “positivismo del Tribunal Constitucional”¹⁰⁸.

52. El Derecho constitucional permanecía atrapado en un proceder tópico o casuístico. La doctrina buscó su nivel teórico de reflexión no en las categorías jurídico-constitucionales, sino más allá de ellas, precisamente en el concepto de Estado. En comparación con el logro que en los años cincuenta supuso el relevo del pensamiento estatalista por el pensamiento constitucional, esto representa un resultado paradójico. El desarrollo de las décadas ulteriores condujo, quizá de modo completamente involuntario, a una reanimación del Estado como categoría metodológica central, justamente porque, dejando a un lado los derechos fundamentales, las categorías jurídico-constitucionales no habían sido teóricamente elaboradas. Como nivel teórico de reflexión metodológica, el concepto de Estado resultaba, sin embargo, especialmente cargado de connotaciones y presupuestos; pero tales elementos no eran sometidos a un debate pormenorizado¹⁰⁹. Resultaba, con ello, un concepto formado en medida excesiva por acumulación, de modo que no podía orientar una discusión metodológica referida a problemas concretos. Y es que el concepto de Estado debía servir más para asegurar un punto común de referencia y un cierto nivel de unidad científica que como foro para las disputas teóricas. En términos generales, que el concepto de Estado permaneciera como categoría residual más bien impedía el desarrollo de una conciencia metodológica, pero sugería al mismo tiempo que había un plano de análisis dispuesto al efecto. En tal separación entre una praxis orientada al caso, que no necesitaba de teoría alguna, y una idea del Estado formada por agregación, que apenas podía ser sometida a una discusión con sentido, la vinculación entre problemas concretos y cuestiones metodológicas, el “programa de Weimar”, no tenía posibilidad alguna de supervivencia. En

¹⁰⁷ Konrad Hesse, intervención en los debates de las Jornadas, *VVDStRL* 39, págs. 207 s.: En el Tribunal Constitucional no habría discusiones metodológicas, y su ausencia no plantearía dilema alguno; lo esencial sería aproximarse a la cuestión “de acuerdo con su propia legalidad inmanente” y hallar cuanto antes resoluciones aceptables por encima de las divergencias metodológicas.

¹⁰⁸ Bernhard Schlink, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat* 28 (1989), págs. 161-172; desde una perspectiva actual Matthias Jestaedt, “Verfassungsgerichtspositivismus”, en O. Depenheuer et alii (ed.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, Berlín 2002, págs. 183-228.

¹⁰⁹ Análisis exhaustivos en Möllers, *Staat als Argument* (cit. en n. 7).

buena medida, las teorías de alcance intermedio que en su momento habían sido prometidas habían desaparecido ante la polarización entre la plural meta-teoría y las decisiones muy singularizadas de casos concretos. Para el “redescubrimiento de Weimar” desde el punto de vista programático no había buenas perspectivas en torno a 1980. La vinculación de problemas concretos con cuestiones metodológicas ya no se planteaba.

53. Pero desde entonces cabe constatar una constante transformación y un redescubrimiento del programa de Weimar. Un primer paso en la inclusión de aspectos teóricos en la solución de problemas concretos vino dado por la integración de las ciencias sociales. El debate sobre la interdisciplinariedad en la ciencia jurídica y su relación con las ciencias vecinas, primeramente desarrollado al margen del Derecho vigente, aparece ahora vinculado a cuestiones de actualidad. La idea de progreso de la nueva generación joven se orienta a la comprensión conforme a las ciencias sociales de los problemas sustantivos que, a su entender, la perspectiva jurídica describe sólo de manera en exceso simplificada. Con este punto de partida no se pone en cuestión, de todos modos, la idea metodológica establecida de que hay que partir de problemas concretos y actuales, sino que simplemente se amplía la consideración del objeto con la perspectiva de las ciencias sociales. El programa de Weimar, que justamente había vinculado la determinación del objeto problemático con las cuestiones del método jurídico, no es recuperado de ese modo.

54. Pero entretanto cabe apreciar una recuperación creciente de dicho programa. Pueden acumularse diversos signos en ese sentido:

- a. Después de más de cien volúmenes de jurisprudencia constitucional, ésta se ha convertido en algo cotidiano. Incluso desde el punto de vista cuantitativo, la jurisprudencia apenas puede ser concebida como unidad jurídica libre de contradicciones. Los correspondientes esfuerzos científicos para formar un sistema se encuentran con el problema de dominar la creciente masa de sentencias, sin poder llegar nunca, en realidad, a resultados decisivos. Si todo sigue un curso difícilmente aprehensible, resulta consecuente volverse hacia la teoría de la Constitución o hacia las “ciencias del Estado o de la Administración” como genuinos campos de investigación de la ciencia jurídica.
- b. En torno a 1990 se descubre el principio democrático del art. 20 de la Ley Fundamental como problema jurídico y criterio jurídico-constitucional¹¹⁰. Ahora se desencadenan objetivamente nuevos problemas de interpretación que afectan a viejas concepciones fundamentales. Ante todo, se pone en cuestión implícitamente la perspectiva determinada por el objeto, hasta ese momento

¹¹⁰ BVerfGE 83, 37; 83, 60 –derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales– (1990); 93, 37 –Consejos de personal en la Administración pública– (1995).

dominante, porque el principio democrático debe ser comprendido no de forma sustancial, sino como generador de su objeto.

- c. Crece el interés por convertir en tema de debate la contingencia histórica de los conceptos fundamentales del Derecho político. ¿Siguen estando prisioneros tales conceptos de su contexto originario en el Derecho público del constitucionalismo decimonónico?, ¿en qué medida siguen siendo tributarios de tradiciones jurídicas predemocráticas?
- d. Tras cincuenta años de Ley Fundamental, también el propio Derecho constitucional se convierte en objeto de consideración histórica. La sentencia del caso Lüth no es sólo Derecho vigente, sino igualmente historia constitucional. La perspectiva tópica y orientada al objeto se coloca en la Historia. Ya no define el objeto de conocimiento, sino que ella misma se convierte en tal objeto.
- e. No sólo la mirada hacia el pasado, también el futuro invita a ocuparse de conceptos fundamentales dependientes del método: internacionalización, europeización, estructuras en varios niveles, problemas del federalismo y de la división de poderes, ante todo también la democracia, ya no pueden tratarse en un contexto exclusivamente nacional. La preeminencia normativa de la Ley Fundamental (y con ella de la jurisdicción constitucional) resulta relativizada, y se despierta el interés por categorías fundamentales que van más allá de las disposiciones y de la historia normativa específicamente alemanas.
- f. El Derecho administrativo, hasta este momento relativamente a salvo de las cuestiones metodológicas, abre a éstas un campo de aplicación aún inexplorado. La vieja cuestión central acerca del objeto y el método se plantea de nuevo: ¿es la Administración un fenómeno social al que debe adecuarse el Derecho, o es primeramente constituida a través de normas jurídicas? La vieja polémica sobre el concepto jurídico o sociológico de Estado aparece bajo el nuevo aspecto de un concepto jurídico o sociológico de Administración (“ciencia de la Administración”).

55. Cabe interpretar todo esto como el anuncio de una transición natural desde una fase más bien orientada a la praxis hacia otra más fuertemente dirigida hacia la teoría, y verlo así como un proceso dialéctico normal. Si el desarrollo se pone en relación, por el contrario, con las continuidades respecto de las controversias metodológicas de Weimar, entonces cabe extraer la siguiente conclusión: tras un proceso de olvido de Weimar desde el punto de vista programático, puede pronosticarse ahora una fase de redescubrimiento. En cuanto a los temas, seguiremos alejándonos de Weimar. Si hubiera que volver a las personalidades de Weimar, todos los pronósticos apuntarían a una recepción de Kelsen; porque Kelsen plantea el problema de la interdisciplinariedad en el sentido de la división del trabajo, no de la integración de las disciplinas científicas; su punto de partida se refiere al Derecho constitucional y el ordenamiento jurídico, no a magnitudes supuestamente preexistentes como “el Estado” o “la Administración”; más que ningún otro autor, Kelsen sometió los conceptos fundamentales

del Derecho político a la crítica ideológica; de los teóricos de Weimar aquí considerados, sólo él ofrece una teoría de la democracia que aún hoy resulta asimilable; y, finalmente, es el único de los teóricos de Weimar que procesó institucionalmente la jurisdicción constitucional y presupuso el ordenamiento jurídico en la teoría de la pirámide normativa. En esa medida, la actual recepción de Kelsen, antes mencionada¹¹¹, puede ser comprendida como expresión del redescubrimiento del programa de Weimar. Schmitt, Smend y Heller siguen siendo teóricos históricamente significativos; Kelsen, por el contrario, no ha sido aún reducido a episodio histórico y resulta cada vez más citado justamente en las publicaciones que se ocupan del Derecho vigente. Sus ideas se toman en consideración para solucionar problemas jurídicos concretos. En ese sentido, Kelsen es el último superviviente de la doctrina del Derecho político de la época de Weimar.

¹¹¹ Cfr. supra n. 52.