

# DERECHO DEL ESTADO Y CIENCIA DEL DERECHO DEL ESTADO

JOSE JUAN GONZALEZ ENCINAR

Con motivo de la obra:

*Handbuch des Staatsrechts. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Editado por Josep Isensee y Paul Kirchhof, 7 volúmenes, 9.800 págs. ap., Heidelberg, 1987 a 1992 (1).

**SUMARIO:** EL DIÁLOGO EUROPEO ES TRADUCCIÓN.—EL «DERECHO DEL ESTADO» ES DERECHO.—ESTADO, CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—«DERECHO DEL ESTADO» Y «DERECHO PÚBLICO».—EL OBJETO DEL «DERECHO CONSTITUCIONAL» ES EL ESTADO.—EL OBJETO DE LA «CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL» NO ES SÓLO LA CONSTITUCIÓN FORMAL.—CONSTITUCIÓN MATERIAL Y ESTADO.—«STAATSRICHT» (DERECHO DE ESTADO).—LA «CIENCIA DEL DERECHO DEL ESTADO».

Todo comentario, discurso o escrito que no tenga aquella desmedida pretensión, contra la que alertaba Ortega, de «dirigirse a la humanidad» va dirigido a un determinado «auditorio», que evidentemente lo condiciona. En mi caso, escribir una reseña sobre «Derecho alemán del Estado» para los lectores de esta Revista o, lo que es lo mismo, para un selecto grupo de juristas españoles o de habla hispana me impone, y de forma inexcusable, como en seguida se verá, un par de aclaraciones previas.

El significado del *Handbuch des Staatsrechts*, obra que marca una «época» en la Ciencia Jurídica alemana y, a mi entender, en la europea, trasciende ampliamente el indudable valor del largo centenar de extensos trabajos que lo componen. Por encima de las lógicas diferencias entre sus cien autores, este *Handbuch*, como «unidad organizada», representa una determinada concepción del «Derecho del Estado» y de la «Ciencia del Derecho del Estado», que constituye, a mi juicio, su aspecto más reseñable desde la perspectiva de la

---

(1) *Derecho del Estado. Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, I, 1987; II, 1987; III, 1988; IV, 1990; V, 1992; VI, 1989; VII, 1992. (He optado conscientemente por no traducir *Handbuch*. La traducción menos injusta sería posiblemente «Tratado».) En adelante se cita: *HSiR*, número romano para el volumen, y número de página. (En el número 29 de esta Revista, 1990, se daba noticia de los tres primeros volúmenes.)

Ciencia Jurídica española. En ese aspecto quisiera, pues, centrar lo que por necesidad no puede ser, si se compara con las cerca de 10.000 páginas de los siete tomos, más que un brevísimo comentario. Tropiezo, sin embargo, con la dificultad de que en España se sabe ya desde hace mucho tiempo lo que es el «Derecho del Estado», pero se sabe mal. El baile de las metonimias con las sinécdoques trae en este tema a la semántica tan alborotada que, o se intenta previamente poner a cada «término» en su sitio, o cuanto más hablemos, mayor confusión. La ciencia no es acarreo de informaciones, sino conocimiento con método, es decir, con un criterio para distinguir el saber «verdadero» del que no lo es, y ante esa obligación científica la «Ciencia del Derecho» no tiene bula.

#### EL DIALOGO EUROPEO ES TRADUCCION

La lengua no es sólo —como sabía Wittgenstein— el vehículo, sino también el conductor del pensamiento. Por eso, el Derecho y la «Ciencia del Derecho» no sólo viven en la lengua, sino gracias a la lengua y a través de ella. «La expresión lingüística de un concepto (como, en su caso, el texto de la norma) es el punto de partida de toda consideración jurídica y su permanente instancia de control» (2). «La capacidad para observar y experimentar, para comparar y valorar, para ordenar y comprender, para encontrarse y para comunicarse, para intercambiar ideas y para ponerse de acuerdo... se apoya en una lengua común» (3). Pero en el diálogo de la comunidad jurídica europea la lengua es traducción. No parece, por consiguiente, que la Ciencia del Derecho, que, como en su día advirtiera Kelsen, discute infructuosamente con harta frecuencia por el mero hecho de que distintas personas utilizan los mismos términos con diferentes significados, corra nunca el peligro, cuando hace Derecho Comparado, de sobrestimar la importancia de una traducción correcta. Lo que sí puede correr es el peligro contrario: subestimarla. Y eso es lo que ha ocurrido en nuestro país durante casi todo el siglo XX con el *Staatsrecht*, con el «Derecho del Estado», convirtiéndose por esa causa lo que hubiera podido ser un fructífero intercambio de ideas sobre el objeto y método de la «Ciencia del Derecho» en Alemania y en España en algo mucho más parecido a una Torre de Babel, en un auténtico galimatías.

(2) MEINHARD HILF: «Die sprachliche Struktur der Verfassung», en *HStR*, VII, pág. 81.

(3) PAUL KIRCHHOF: «Deutsche Sprache», en *HStR*, I, pág. 746.

## EL «DERECHO DEL ESTADO» ES DERECHO

En el año 1900 (4) publica Georg Jellinek su *Allgemeine Staatslehre* (su «Ciencia General del Estado») (5), obra que va a tener una gran influencia sobre los juristas de la primera mitad del siglo, tanto en Alemania como en España. En ella sanciona Jellinek, como es sabido, el dualismo metodológico en el estudio del Estado. El estudio científico del Estado se divide en «Ciencia social del Estado» (*soziale Staatslehre*) y «Ciencia del Derecho del Estado» (*Staatsrechtslehre*), apoyándose la división precisamente en la diferencia del método (6). La «Ciencia del Derecho del Estado» ha de emplear —dice Jellinek— el método jurídico, entendido —con referencia expresa a Laband— como dogmática, como método jurídico inmanente, como actividad puramente lógica (7). Las consideraciones o enfoques sociológicos, filosóficos o políticos, es decir, lo que para Jellinek son los métodos no-jurídicos, quedan fuera de la «Ciencia del Derecho del Estado», forman parte de otra ciencia, la «Ciencia Social del Estado» (8).

En 1915 se publica la traducción al castellano de la obra de Jellinek, en la que *Staatsrecht*, en lugar de traducirse por «Derecho del Estado», que hubiera sido lo correcto, se traduce por «Derecho Político» (9). El error obliga en algunos lugares a traducir *Staatsrecht* por «Derecho Político» y dos líneas después por «Derecho Público» (10), mientras que en otros se atribuye a Jellinek la afirmación de que el «Derecho Canónico» forma parte del «Derecho

---

(4) Antes de 1900, la influencia de la doctrina alemana del Derecho Público sobre la doctrina española es bastante menos relevante que la influencia francesa o inglesa, con algunas excepciones que confirman la regla, como las de Santamaría de Paredes o Gil y Robles (véase, por todos, CARLOS OLLERO: «El Derecho político como ciencia política», en *Estudios de ciencia política*, 1955, págs. 124 y sigs.). Ello creo que justifica el que, en aras de la brevedad, nos limitemos aquí al presente siglo.

(5) GEORG JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, 1900. Traducción al castellano de Fernando de los Ríos: *Teoría general del Estado*, 1915. La traducción aquí de *Lehre* por «teoría» y no por «ciencia», que hubiera sido lo correcto, es un error que se repite en las traducciones de las correspondientes obras de Heller, Carl Schmitt, Kelsen, etc. Peor es, evidentemente, la traducción de *Lehre* por «doctrina», que se encuentra en distintos pasajes de esta obra.

(6) GEORG JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, 1900-1976, pág. 11.

(7) *Ibidem*, pág. 16.

(8) *Ibidem*, pág. 12.

(9) GEORG JELLINEK: *Teoría General del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, 1915-1970, pág. 8, y resto de la obra, con arbitrarias excepciones.

(10) Página 16 del original y 12 de la traducción.

Político» (11), y en buen número de pasajes lleva a textos pura y simplemente indescifrables. Pero eso, con ser importante, no es, como veremos, lo peor.

Adolfo Posada, sin duda influido por la traducción de Fernando de los Ríos, que cita desde las primeras páginas de su «Derecho Político» (12), mantiene también la errónea equiparación de éste con el *Staatsrecht*. Después de haber afirmado que «el Derecho Político entraña una relación de coincidencia íntima entre dos órdenes de realidad: el jurídico y el político» (13), llega a la conclusión de que «si la política se refiere al Estado, el Derecho Político será el Derecho del Estado (*Droit de l'Etat, Staatsrecht*)» (14).

Por esas dos puertas, la de la influyente *Teoría general del Estado* de Georg Jellinek y la del *Derecho Político* de Adolfo Posada, una obra que —como dice Ollero (15)— es «básica», entra solemnemente el *Staatsrecht* en la doctrina jurídica española del siglo xx, identificado con el «Derecho Político» español (16). A partir de ahí ya no podía sorprender ni que el *Staatsrecht* de Ekkehart Stein se tradujese como «Derecho Político» (17), ni que, por el contrario, el *Staatsrecht und Politik* de Triepel se editase en castellano como «Derecho Público y Política» (18), ni que el libro *Politische Wissenschaft und Staatsrechtslehre* de Sontheimer se traduzca por «Ciencia Política y Teoría Jurídica del Estado» (19), ni otras traducciones semejantes que se harían largo referir aquí. Parecía como si una «mano invisible» se hubiese empeñado en que en relación con el *Staatsrecht* nadie llamase en España a la cosa por su nombre. Hay que esperar hasta 1987 para encontrar un libro en el que *Staatsrecht* se traduce como «Derecho del Estado» (20).

(11) Página 294 de la traducción. Cfr. pág. 393 del original, donde lo que dice Jellinek es que el Derecho eclesiástico forma parte del Derecho del Estado entendido en sentido amplio.

(12) ADOLFO POSADA: *Derecho Político*, 2 vols., 1923.

(13) *Derecho Político*, cit., t. I, pág. 29.

(14) *Op. cit.*, pág. 30. El error de Posada se apoya aquí en una confusa cita de una afirmación de Carré de Malberg, que, para colmo, en su versión original no es tampoco del todo exacta, puesto que indentifica «Derecho Público» y «Derecho del Estado» (véase CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la Theoria General de l'État*, 1920, pág. 1).

(15) CARLOS OLLERO: «El Derecho Político como Ciencia Política», en *Estudios de Ciencia Política*, cit., pág. 136.

(16) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, en un trabajo publicado hace ya veinte años, critica el planteamiento de Posada y apunta muy correctamente los problemas de objeto y método del «Derecho Político» (véase «Nota preliminar» al *Derecho Político* de STEIN, cit. en la nota siguiente).

(17) EKKEHART STEIN: *Derecho Político*, trad. de Fernando Sainz Moreo, 1973.

(18) HEINRICH TRIEPEL: *Derecho Público y Política*, trad. de José Luis Carro, 1974.

(19) KURT SONTHEIMER: *Ciencia Política y teoría jurídica del Estado*, trad. de Luis G. Villagrà, Buenos Aires, 1971. La traducción correcta hubiera sido: «Ciencia Política y Ciencia del Derecho del Estado.»

(20) KLAUS STERN: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. parcial del tomo I de *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, 1987.

Lo que significa el haber venido traduciendo durante todo el siglo *Staatsrecht* por «Derecho Político» se entenderá en sus justos términos si se tiene en cuenta que el *Staatsrecht* no es ni un conjunto de saberes, ni una disciplina académica, ni una rama de la ciencia del Derecho, sino un sector del ordenamiento jurídico, un determinado conjunto de normas, mientras que, por el contrario, el «Derecho Político» no es ni un conjunto determinado de normas, ni un sector del ordenamiento jurídico, sino un conjunto de saberes, una disciplina académica y, en el mejor de los casos, una rama de la Ciencia del Derecho; ni la expresión «Derecho Político» sirve para delimitar un determinado sector del ordenamiento jurídico (21) ni *Staatsrecht* significa lo mismo que *Staatsrechtslehre* (Ciencia del Derecho del Estado). En conclusión, traducir *Staatsrecht* por «Derecho Político» es simplemente un error, y ello con independencia de que hoy día la expresión «Derecho Político» no es más que una *contradictio in adiecto*, o una redundancia, según como se mire.

#### ESTADO, CONSTITUCION Y ADMINISTRACION PUBLICA

Dejando aparte el caso singular del «Derecho Político», es sabido que en lengua castellana (a diferencia de lo que ocurre en alemán) una misma expresión, «Derecho Penal», por ejemplo, sirve tanto para designar un determinado sector del ordenamiento jurídico como, por metonimia, la rama de la ciencia jurídica encargada de estudiarlo. Ahora bien: si, como conjunto de normas, el «Derecho Penal» (para seguir con el mismo ejemplo) puede definirse o delimitarse sin hacer referencia a la rama de la Ciencia del Derecho encargada de estudiarlo, a la inversa no ocurre lo mismo: definir qué se entiende por «Ciencia del Derecho Penal» requiere precisamente delimitar su objeto, es decir, el sector del ordenamiento jurídico al que la mencionada ciencia, o rama de la ciencia, se refiere. Con otras palabras: es el objeto (conjunto de normas) lo que da el nombre a la ciencia, y no a la inversa.

Es importante —aunque a veces se olvida— no invertir el sentido de ese tropo. Un ejemplo lo dejará más claro: si un profesor de «Derecho Canónico» escribe un libro sobre el «IVA», no transforma al IVA en «Derecho Canónico», sino que hace él, si lo hace bien, «Ciencia del Derecho Financiero»; ni las normas jurídicas que regulan el «Impuesto sobre el Valor Añadido» pasan, por ese hecho, a ser normas de «Derecho Canónico», ni la «Ciencia del Derecho Canónico» incrementa en un ápice su importancia o su bibliografía. De la misma

(21) De ahí la confusión Derecho Político-Derecho Público-Derecho del Estado, que trae causa de la imposibilidad de delimitar como «no político» a todo un sector del ordenamiento jurídico.

manera que si un profesor de «Derecho Administrativo» escribe un libro sobre los Derechos Fundamentales, o sobre la Constitución, no transforma ni a una ni a otros en «Derecho Administrativo», sino que hace él, si lo hace bien, «Ciencia del Derecho Constitucional». Esta precisión, que a primera vista pudiera parecer innecesaria, resulta ahora, sin embargo, imprescindible porque, a falta de ella, y con el concurso de otras causas que se haría largo relatar aquí, en este país existe, sorprendentemente, una considerable falta de claridad sobre nociones que son previas para poder entender qué es el «Derecho del Estado» y en qué consiste la «Ciencia del Derecho del Estado».

Una ciencia se distingue de otra no por el objeto, sino por el método. De hecho, un mismo objeto puede ser de interés para distintas ciencias. El Derecho interesa, por ejemplo, a los historiadores, a los economistas, a los sociólogos..., además de a los juristas. Por eso se habla de «objeto material», en este caso el Derecho, para referirnos a ese objeto que puede ser común a distintas ciencias y de «objeto formal» para aludir al aspecto que contempla, a la perspectiva que utiliza, al método, en suma, que emplea una ciencia determinada y concreta. Aclarando esto, cabe ya plantear un primer interrogante sobre cuestión directamente relacionada con nuestro tema: ¿son el «Derecho Constitucional» y el «Derecho Administrativo» dos ciencias distintas, dos ciencias que analizan con métodos diferentes las normas que integran el «Derecho del Estado»? Pasados los años de aquel «Derecho Político» al que Nicolás Ramiro había calificado de «vertebrado gaseoso», por ser disciplina compuesta de multitud de saberes y ningún método, nadie discute hoy, salvo contadas excepciones que confirman la regla, que el método, tanto del «Derecho Administrativo» como del «Derecho Constitucional», no puede ser otro que el método jurídico. No debería, pues, de confundirnos el hecho de que en el mundo científico sea práctica archifrecuente, y legítima, por sinécdoque, llamar «ciencia» a lo que no es sino una parte de ésta. Así, por ejemplo, se llama «Ciencia del Derecho Constitucional» a lo que no es sino la parte de la ciencia jurídica que estudia aquel conjunto de normas, y lo propio ocurre con las restantes «ramas» de la «Ciencia del Derecho». Por grande que sea la frecuencia de aquel tropo, no cabe olvidar que ni el «Derecho Constitucional» ni el «Derecho Administrativo» son propiamente «ciencias», sino dos «ramas» o partes de la «Ciencia del Derecho»; singularizadas no ya por su método, que en ambos casos ha de ser el jurídico, sino por su objeto. Dicho de otro modo: mientras que una ciencia se distingue de otra no por su objeto, sino por su método, ura «rama» de la «Ciencia del Derecho» se distingue de otra «rama» de la misma ciencia no por su método, sino por su objeto. Pero, entonces, ¿cuáles son los respectivos sectores del ordenamiento, los correspondientes conjuntos de normas, objeto de

una y otra «ciencia»? En principio, la respuesta parece sencilla: «la Constitución en cuanto norma jurídica» (22) en un caso y «el Derecho de la Administración pública» (23) en el otro. Ocurre, sin embargo, que esa diferenciación, sin ser incorrecta, sería por sí sola insuficiente porque, dejando ahora aparte los problemas que supone una mayor concreción del objeto de la «Ciencia del Derecho Administrativo» así delimitado (24), para delimitar el objeto de la «Ciencia del Derecho Constitucional» no basta con decir que ese objeto es la Constitución.

#### «DERECHO DEL ESTADO» Y «DERECHO PUBLICO»

Antes de seguir adelante será necesario decir dos palabras sobre la distinción jurídica entre lo público y lo privado para evitar que se solape con nuestro tema. En pocos casos será tan evidente como en el de la anacrónica equiparación de lo público con lo estatal, todavía hoy en uso, que aunque buena parte de los conceptos que utiliza la «Ciencia del Derecho del Estado» no han cambiado desde hace mucho tiempo, la realidad a la que se refieren sí lo ha hecho, y de manera sustancial. Entre el ámbito de lo indudablemente «privado» y la esfera de lo innegablemente «estatal» existe hoy un campo intermedio en donde los derechos del individuo y la actividad del Estado están cada vez más interrelacionados, una «zona gris», si se la mira con el viejo instrumental conceptual. Por poner sólo dos ejemplos, los partidos, o la televisión, no pueden conceptualizarse en nuestro ordenamiento jurídico ni como instituciones privadas ni mucho menos como instituciones estatales, y, por consiguiente, tampoco podrían en justicia denominarse «instituciones públicas» si «público» se siguiese entendiendo como sinónimo de «estatal». Por molesto que pueda resultar, hoy no hay otra vía de clarificación analítica que no sea la de distinguir entre lo privado, lo público y lo estatal como tres ámbitos distintos.

«Derecho Público», como el Derecho que se impone al Estado (contrapuesto al «Derecho Privado» no por el sujeto que ha puesto la norma, sino por

(22) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, 1983, pág. 37.

(23) *Op. cit.*, nota anterior, vol. I, pág. 23.

(24) Véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, cit.; JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ: *Derecho Administrativo*, I: *Parte General*, 1989; JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, 1988.

el sometido a ella), es sin duda equivalente al «Derecho del Estado» en la Roma clásica, en la que, junto a los individuos privados, sólo existe, para el Derecho, la comunidad «Estado». La realidad es muy otra, sin embargo, en nuestros días. Hoy, aun cuando en el lenguaje jurídico los términos «público» y «estatal» continúan utilizándose como si fuesen términos equivalentes, el problema estriba precisamente en abandonar esa equiparación que la historia ha convertido en falsa no sólo en el orden externo (en el que existen otros «Derechos públicos» como el «Derecho Internacional» o «de los Estados» y como el Derecho Comunitario), sino también en el interno. En el Estado constitucional democrático el ámbito del Estado y el ámbito de «lo público» son para el Derecho dos cosas distintas desde el momento en que el Derecho garantiza el ejercicio de los derechos y libertades «públicas» de los ciudadanos también frente al Estado. Por consiguiente, seguir entendiendo «Derecho del Estado» como sinónimo de «Derecho público» (aun cuando sea «interno») sería hoy contribuir a mantener la confusión; lo contrario exactamente de lo que a la ciencia le corresponde hacer.

#### EL OBJETO DEL «DERECHO CONSTITUCIONAL» ES EL ESTADO

Insistiendo —de forma que pudiera parecer «machacona» en cualquier otro contexto— en precisar claramente cuándo estamos hablando de la norma jurídica y cuándo de la ciencia que la estudia, hay que advertir primero que, sea una u otra la forma de delimitarlo, el conjunto de normas al que se da el nombre de «Derecho Constitucional» no tiene como «objeto» la Constitución (25). La Constitución es «Derecho Constitucional», no su objeto. El objeto del Derecho Constitucional no es la Constitución, sino el Estado (26). Que «España se constituye en un Estado...», con determinadas características (art. 1 CE), quiere decir que con la norma constitucional se da al Estado, que es su objeto, una determinada forma.

(25) KONRAD HESSE comienza, sin embargo, sus *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (13.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1982) con la afirmación contraria: «Entender el Derecho Constitucional vigente presupone la comprensión de su objeto: la Constitución» (pág. 3).

(26) Si el «Derecho Constitucional» tiene también otro objeto, además de Estado, lo veremos más adelante.



EL OBJETO DE LA «CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL»  
NO ES SOLO LA CONSTITUCION FORMAL

Aun dando por sentado que aquí hablamos sólo de Derecho, es decir, de normas jurídicas, y, por tanto, sólo de la Constitución normativa, para delimitar el objeto de la «Ciencia del Derecho Constitucional», es preciso aclarar si por «Constitución» (en sentido normativo) se entiende la «Constitución formal» o la «Constitución material». Esta distinción permitiría teóricamente elegir entre dos opciones distintas: o sólo las normas de rango constitucional (que están jerárquicamente por encima de la ley), es decir, las normas contenidas en el texto de la Constitución (Constitución formal), o, por el contrario, todas aquellas normas jurídicas que, dentro o fuera del texto de la Constitución, tengan por objeto «la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos» (Constitución material) (27). Pero, si bien se mira, a la hora de delimitar el objeto de la «Ciencia del Derecho Constitucional», la doble opción así entendida no existe. En primer lugar, hay que advertir que todas las materias incluidas en el texto de la «Constitución formal» han de considerarse «materialmente» constitucionales porque así lo ha querido el poder constituyente al darles ese rango. Pero lo que, en cualquier caso, está claro es que la «Constitución formal» no puede ser el único objeto de la «Ciencia del Derecho Constitucional». En 1994, la Constitución de 1978 es algo muy distinto de lo que era hace dieciséis años. Una Constitución en el momento de ser aprobada es un proyecto de forma política de futuro (28). La Constitución como norma expresa un «deber ser» que sólo gradual y paulatinamente va adquiriendo forma, y ello en un doble sentido: en primer lugar, porque la fuerza normativa de la Constitución norma o conforma la realidad a la que se refiere, y en segundo, porque la propia norma constitucional, abstracta, o de escasa densidad normativa, va adquiriendo forma jurídica más concreta, normativamente más densa, en las leyes que la desarrollan y en la jurisprudencia que la interpreta. Dieciséis años después de aprobada la Constitución ésta sigue siendo la norma suprema, pero, jurídicamente, el orden político de la comunidad ya no se expresa sólo en las normas contenidas en la Constitución formal. Estas normas no valen por sí solas ni como parámetro de la constitucionalidad (29), ni como objeto de la «Ciencia

(27) IGNACIO DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, pág. 17.

(28) Véase ULRICH SCHEUNER: *voz Verfassung*, en *Staatslexikon*, vol. 8, Tubinga, 1963, pág. 118.

(29) Sobre el bloque de la constitucionalidad y el artículo 28 de la LOTC, véase FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *La forma del poder*, 1993, en especial págs. 108 y sigs.

del Derecho Constitucional». El «Derecho Constitucional», como el resto de los sectores del ordenamiento, «está de acuerdo con» la Constitución, pero, en buena parte, «no está en» la Constitución formal. Por ese motivo, una ciencia que se limitase al estudio de la «Constitución formal» no sería «Ciencia del Derecho Constitucional», sino Historia del Derecho.

#### CONSTITUCION MATERIAL Y ESTADO

En el contexto de la ciencia jurídica europea son hoy una clara minoría quienes, a la manera del positivismo, siguen identificando la «Constitución material» con el contenido normativo de la «Constitución formal». Pero si el abandono de la concepción positivista puede considerarse prácticamente generalizado, ahí terminan las coincidencias. A la hora de fijar un concepto de «Constitución material» las propuestas se mueven en un amplísimo abanico que abarca desde planteamientos más o menos próximos a la definición de Carl Schmitt [la Constitución como «la decisión fundamental sobre el carácter y la forma de la unidad política» (30)] hasta la idea de una «Constitución del pluralismo» en la «sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución» de Peter Häberle (31). La variedad de respuestas pone de manifiesto el pluralismo de la ciencia, pero también, en lo que ahora nos interesa, que el concepto de Constitución presupone siempre un concepto, idea o representación del objeto del «Derecho Constitucional», es decir, del «Estado» (32).

En Alemania, la tendencia mayoritaria en la Ciencia Jurídica del Estado había venido haciendo, durante los últimos tiempos, un «Derecho del Estado sin Estado» (33) o al menos sin un concepto de «Estado» constitucionalmente adecuado. Por esa razón, en la práctica, la dogmática ha tendido a la equiparación del «Estado» con uno de sus elementos, el «poder» del Estado (34). Pues bien: frente al enfoque característico de los últimos años, el *Handbuch des Staatsrechts* representa la defensa del enfoque metodológico contrario: la interpretación de las normas constitucionales presupone un concepto de Cons-

(30) CARL SCHMITT: *Verfassungslehre*, 1928-1970, págs. 20 y sigs.

(31) PETER HÄBERLE: *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980.

(32) Véase *supra*.

(33) El *Staatsrecht* de KLAUS STERN sería un ejemplo paradigmático de esa tendencia. Véase E.-W. BÖCKENFÖRDE: *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlín, 1978, pág. 10.

(34) Un concepto de «Estado» todavía más restringido es el de quienes, en el ámbito jurídico interno, identifican a aquél exclusivamente con la Administración. Véase, para España, y en lugar de muchos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso...* cit. en especial págs. 28-29 y 36-37.

titución (normativa) material, y a su vez, este concepto sólo puede elaborarse desde la precomprensión de lo que el Estado es, y puede ser, de acuerdo con la Constitución (35).

Ya hace dieciocho años que Ernst-Wolfgang Böckenförde, actualmente juez constitucional y autor de algunos de los capítulos fundamentales del *Handbuch* que aquí comentamos (36), en un estudio sobre «los métodos de la interpretación constitucional», llamaba la atención sobre el hecho de que, por sí solo, el progresivo refinamiento metodológico más bien contribuye a debilitar que a asegurar la fuerza normativa de la Constitución. Los distintos métodos de interpretación, incluida la hermenéutica clásica —decía Böckenförde— no contribuyen a reducir, sino a aumentar, el grado de abstracción de las normas y principios constitucionales, «porque dejan de lado el problema básico de la interpretación constitucional, la necesidad de una teoría (vinculante) de la Constitución» (37). Pero si las consecuencias del pluralismo metodológico obligan a integrar la interpretación de las disposiciones constitucionales en el marco de la Constitución como «sistema», en el marco de un concepto o de una teoría de la Constitución, no es menos cierto que el concepto de Constitución no puede desvincularse del concepto de Estado (38).

Esta «vuelta al Estado» en el *Handbuch*, cuyo primer tomo —no se olvide— aparece en 1987, viene motivada, sin duda, por dos problemas distintos: la reunificación de Alemania, que en el momento de gestación del primer volumen era sólo un deseo o una esperanza (39), y el proceso de integración europea, que, al aparecer el volumen VII, iba ya abocado hacia la ratificación del Tratado de Maastricht. Ambas cuestiones han obligado a la dogmática alema-

(35) La idea es hilo conductor del *Handbuch*, a salvo las lógicas diferencias en una obra colectiva, pero el lector encontrará las exposiciones más claras en sendos trabajos de los editores de la obra: J. ISENSEE: «Staat und Verfassung», en *HStR*, págs. 591 y sigs., y PAUL KIRCHHOF: «Der Deutsche Staat im Prozess der Europäischen Integration», en *HStR*, págs. 855 y sigs.

(36) «Demokratie als Verfassungsprinzip», en *HStR*, I, págs. 887-951; «Demokratische Willensbildung und Repräsentation», en *HStR*, II, págs. 29-48.

(37) «Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandaufnahme und Kritik», en *Neue Juristische Wochenschrift*, tomo 46, 29. Jahrgang, nov. 1976, pág. 2097. Hay una traducción al castellano, incluida en una selección de trabajos del autor publicada con el título *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, 1933.

(38) Véanse BÖCKENFÖRDE: *op. cit.*, nota anterior, pág. 2098, y JOSEF ISENSEE: *Staat und Verfassung*, *cit.*, *passim*.

(39) Como consecuencia de la reunificación de Alemania, el plan original de esta obra, desarrollado en siete volúmenes, se verá ampliado en un futuro próximo con un volumen octavo sobre «La unidad de Alemania» (*Die Einheit Deutschland*).

na del «Derecho del Estado» a replantear la idea de Estado, a reelaborar el concepto de la «estatalidad» (40), para poder analizar jurídicamente los problemas concretos que se le planteaban. Aquellos desafíos históricos obligaban a los constitucionalistas alemanes a aplicar el Derecho, pero también a evitar el «Fiat justitia, pereat Germania» (41), con lo cual pronto debió hacerse evidente que el debate había que situarlo no sólo en el marco de la Constitución, sino también en el del Estado.

Pero no son los motivos, sino la utilidad analítica de ese enfoque metodológico y, en último término, la aceptabilidad jurídica del razonamiento que desde el mismo pueda hacerse, lo que a nosotros ahora no interesa. Se ha dicho que la Sentencia (42) del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Maastricht, de la que fue relator (ponente) el magistrado Paul Kirchhof, uno de los dos editores de este *Handbuch*, convierte en Jurisprudencia Constitucional las tesis doctrinales de su Ponente, expresada un año antes en su trabajo sobre la integración europea que acabamos de citar. Aunque así fuese, sería irrelevante. Se equivocan quienes, en base a dicha coincidencia, pretenden proyectar una sombra de duda, o sobre la Sentencia, o sobre el *Handbuch*. Conviene no olvidar que la ciencia no es una persona, sino una cosa (43), y que los motivos que puedan haber influido en un juez son algo completamente distinto de la explícita argumentación jurídica con que se fundamenta un fallo. En el razonamiento jurídico, «los buenos motivos no convierten en bueno un mal argumento, y los motivos sospechosos no convierten en malo un argumento bueno» (44). Volvamos, pues, a la cuestión.

El Derecho sólo puede normar realidades «definidas» (45), y por ello, el «Derecho de Estado», el Derecho sobre el Estado, necesita una definición, una idea, un concepto de éste. Pero no es sólo el legislador, sino también el intérprete, el que necesita dicha definición. La interpretación del Derecho positivo, como toda hermenéutica, sólo es posible desde la precomprensión (46), y la interpretación de las normas jurídicas sobre el Estado presupone un concepto

(40) Véase, por todos, PAUL KIRCHHOF: *Der Deutsche Staat ...*, cit., en especial, págs. 861 y sigs.

(41) G. W. F. HEGEL: «Die Verfassung Deutschland, 1799-1802», en *Theorie-Verkaufsgabe*, vol. I, 1971, pág. 461.

(42) De 12 de octubre de 1993.

(43) Segundo precepto del «Decálogo de la crítica científica», en PETER HÄBERLE: *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, 1982, pág. 68.

(44) H.-J. KOCH-H. RÜSSMAN: *Juristische Begriffslehre*, 1982, pág. 1.

(45) JOSEF ISENSEE: *Staat und Verfassung*, cit., pág. 602.

(46) HANS GEORG GADAMER: *Wahrheit und Methode*, 1965, págs. 250 y sigs.

del mismo (47). Sin él, la dogmática tiende a una interpretación del Derecho Constitucional constitucionalmente «introvertida» (48). «Si en lugar de concebir a la Constitución como el concreto e inviolable fundamento del Estado se adopta el concepto formal de Constitución, que concibe a ésta como la ley de rango superior a todas las demás leyes —escribía Scheuner en 1951 (49)—, se amenaza, a la manera del positivismo, con disolver el ordenamiento constitucional y su garantía de la libertad.» Si el intérprete pierde de vista la inescindible relación entre la Constitución y el Estado, la interpretación sistemática de la norma jurídica, es decir, la obligación de interpretar la norma concreta «en el sistema de la Constitución» (50), quedará privada de su más firme punto de apoyo. La Constitución no es un sistema cerrado sobre sí mismo, sino que es Constitución «del Estado» y «para el Estado». La interpretación sistemática de una norma es interpretación de ésta en su contexto, pero no sólo en el contexto material de las normas que establecen derechos y obligaciones, sino también en el contexto institucional y funcional. «Mientras que en la interpretación gramatical es el texto de la norma el elemento determinante, en la interpretación sistemática lo que hay que resaltar es el contexto material e institucional de la misma» (51).

Pero la búsqueda de un concepto de «Estado» útil a la dogmática tropieza, en Alemania como en España, con lo que nuestro Tribunal Constitucional ha llamado el «uso anfibológico» del término «Estado» (52), los distintos sentidos con que el mismo se utiliza en el texto de la Constitución. Frente a esa realidad, frente al hecho de que distintas normas constitucionales aludan con el mismo «término» a aspectos diferentes del Estado, la conceptualización dogmática tendrá también que diferenciar los distintos «aspectos» de aquél auxiliándose de conceptos «relativos» de Estado. Así, Isensee distingue: el aspecto externo de la estatalidad (Estado entre Estados), la perspectiva del Estado de Derecho (poder del Estado contrapuesto a titular de Derecho Fundamental), el punto de vista republicano (unidad del poder del Estado y la libertad del ciudadano), el sentido democrático (unidad del pueblo y el poder) y el significado federal (unidad de dos niveles del Estado) (53).

(47) JOSÉ JUAN GONZÁLEZ ENCINAR: *El Estado unitario-federal*, 1985, págs. 27-42.

(48) JOSEF ISENSEE: *Staat und Verfassung*, cit., pág. 592.

(49) ULRICH SCHEUNER: «Geundfragen des Modernenstaates», en *Recht, Staat, Wirtschaft*, núm. 3 (1951), págs. 126-133.

(50) STC 206/1992, FJ 3.º

(51) WINFRIED BRUGGER: «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119, 1 marzo 1994.

(52) STC 32/1981, FJ 5.º Véase JOSÉ JUAN GONZÁLEZ ENCINAR: «Democracia de partidos vs. Estado de partidos», en ID. (ed.): *Derecho de partidos*, 1992, págs. 26-28.

(53) *Staat und Verfassung*, cit., págs. 649-658.

## «STAATSRRECHT» («DERECHO DEL ESTADO»)

Hoy, como hace un siglo, en Alemania se sigue hablando de «Derecho del Estado» en sentido amplio y «Derecho del Estado» en sentido estricto. Ya Georg Jellinek (54) dividía el Derecho Público en Derecho Internacional y Derecho del Estado en sentido amplio, es decir, comprensivo del Derecho Penal, el Procesal, el Administrativo y el Derecho del Estado en sentido estricto (55). Este —decía Jellinek— se suele llamar «Derecho Constitucional» siguiendo el precedente de los franceses, pero esa identificación es errónea porque el Derecho del Estado en sentido estricto comprende materias que poco o nada tienen que ver con el Derecho Constitucional, se tome en término «Constitución» en su significado material o en su significado formal (y ponía como ejemplos: el estatuto especial de los miembros de las dinastías, la autonomía reglamentaria de las Cámaras, los derechos de los funcionarios frente al Estado y los controles estatales de la Administración local) (56).

Correspondiendo al Derecho Internacional, el «Derecho de los Estados» (*Staatenrecht*), la ordenación jurídica del ejercicio del poder estatal «hacia fuera», al «Derecho del Estado» le correspondería, según Klaus Stern (57), la regulación del ejercicio del poder estatal «hacia dentro». «Derecho del Estado» sería así, en principio, la denominación genérica de todas aquellas normas que se refieren al Estado y a la organización y actividad «hacia dentro» de los órganos de éste. Pero ese «concepto amplio» tendría, en opinión del propio Stern, el inconveniente de que no refleja la diferenciación de sectores jurídicos que ha tenido lugar en el último siglo y medio. En ese tiempo, algunas materias que ciertamente afectan a la organización y función del poder estatal, como el Derecho Penal, el Derecho Procesal o el Derecho Administrativo, se han independizado, se han convertido en disciplinas jurídicas autónomas. Por consiguiente, parece que la expresión «Derecho del Estado» podría reservarse para aquellas «normas que regulan la creación, organización y competencias de los órganos superiores del Estado». El problema radica, como reconoce este autor, en que la Constitución ha dado entrada entre sus normas, confiriéndole,

(54) *Allgemeine Staatslehre*, cit., págs. 383-392.

(55) El Derecho eclesiástico pertenecería en principio, para Jellinek, al Derecho del Estado en sentido amplio, como Derecho de una asociación pública; pero, puesto que el ordenamiento jurídico de la Iglesia responde a presupuestos muy distintos de los del ordenamiento jurídico del Estado, prefiere situar a aquel Derecho como Derecho interno de la Iglesia, entre el Derecho público y el Derecho privado (*op. cit.*, pág. 393).

(56) *Op. cit.*, págs. 390-391.

(57) KLAUS STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 1.<sup>a</sup> ed., Munich, 1984, págs. 7-11.

por consiguiente, rango constitucional, a algunas instituciones que caen en el ámbito de aquellos otros “Derechos”, lo que seguiría justificando la utilización de un «concepto amplio» de «Derecho del Estado». En todo caso, según Stern, hoy parece existir en la Ciencia alemana del Derecho del Estado un amplio consenso sobre su objeto: «aquellas normas del Derecho Público que establecen y regulan los principios básicos de la organización del Estado y del funcionamiento de éste “hacia dentro” y las relaciones fundamentales entre los ciudadanos y el Estado.» El «ámbito central» de ese Derecho del Estado, o lo que es lo mismo, el Derecho del Estado en sentido estricto, sería el Derecho Constitucional, el conjunto de las normas contenidas en el texto de la Constitución y, por ello mismo, sujetas a un procedimiento agravado de reforma (58).

El Derecho del Estado y el Derecho Constitucional no coinciden exactamente —escribe Böckenförde (59)—, puesto que el Derecho del Estado comprende, «más allá del Derecho Constitucional», la nacionalidad, la pertenencia al Estado y, por consiguiente, implícitamente, la extranjería. El Derecho Constitucional es, por una parte —dice Böckenförde—, más amplio que el Derecho del Estado, ya que comprende aquellas materias que no se refieren ni a la organización del Estado ni a la relación fundamental Estado-ciudadanos o Estado-sociedad, pero que, por voluntad del poder constituyente, han sido incluidas en la Constitución. Por otra parte, el Derecho Constitucional no comprende algunas materias que sí pertenecen al ámbito del Derecho del Estado, como el Derecho electoral o el procedimiento electoral, o también el Derecho procesal de órganos superiores del Estado (Derecho Parlamentario).

Según Konrad Hesse (60), la Constitución, como «orden jurídico fundamental de la comunidad», abarca materias que no pertenecen al orden de la vida del Estado, tales como el matrimonio, la familia, la propiedad, la educación o la libertad del arte y de la ciencia; en ese sentido, el Derecho Constitucional va más allá del Derecho del Estado. Pero, por otra parte —añade Hesse—, el Derecho del Estado comprende materias que no pertenecen al orden fundamental de la comunidad, como el Derecho Administrativo o el Derecho Procesal.

(58) *Op. cit.*, I, págs. 10-11.

(59) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft», en NORBERT ACHTERBERG, WERNER KRAWIETZ y DIETER WYDUCKEL (eds.): *Recht und Staat im sozialen Wandel. FS für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1983. Ahora, en BÖCKENFÖRDE: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zum Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Francfort del Maine, 1991, págs. 11-28.

(60) Véase KONRAD HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., págs. 10-11.

La diferenciación del Derecho del Estado frente a otros sectores del Derecho público no puede venir dada —en opinión de Jörn Ipsen (61)— por el hecho de que aquél se refiera a la organización del Estado, puesto que a los órganos y funcionarios del Estado se refiere también el Derecho Administrativo. De acuerdo con ello, la *differentia specifica* consistiría, para este autor, en que el Derecho del Estado se refiere sólo a los órganos «superiores» del Estado.

Estas y otras manifestaciones semejantes ponen de relieve que también en la doctrina alemana, al hablar de este tema, se produce a veces involuntariamente una cierta confusión entre lo que hemos llamado los distintos «aspectos» del Estado, pero lo que nadie parece poner en duda es que el «Derecho del Estado» (se entienda «Estado» en uno u otro sentido) abarca las normas de la Constitución más las normas dictadas para desarrollarlas (62). Huelga decir que la falta de una mayor clarificación analítica viene condicionada por la historia, en este caso la de un país en el que sí, por un lado, el «padre» del *Staatsrecht*, Paul Laband, no incluye los Derechos Fundamentales en su obra básica, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1876-1882), por otro, históricamente, como antes veíamos en Jellinek, la resistencia a aceptar la expresión «Derecho Constitucional» sólo fue comparable a la que tuvo lugar en España (63).

La concepción del «Derecho del Estado» que preside el *Handbuch des Staatsrechts* la aclaran Isensee y Kirchhof en el prólogo al volumen I de la obra: «Tema de este *Handbuch* es el Derecho del Estado; su piedra de toque, la Constitución. El Derecho del Estado se extiende desde el Derecho Constitucional hasta el ámbito normativo en que se concretizan sus estructuras, se desarrollan sus normas y se llevan a la práctica sus decisiones fundamentales. Por esa razón, el *Handbuch* trata de fuentes del Derecho que están fuera de la Constitución, pero que son relevantes para la organización y el funcionamiento del Estado o para determinar la posición jurídica de los individuos y de los grupos no estatales» (64).

De acuerdo con ese plan, la obra abarca las siguientes materias: Funda-

(61) JÖRN IPSEN: *Staatsorganisationsrecht (Staatsrecht, I)*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt del Maine, 1989, págs. 30-31.

(62) A título de ejemplo, pueden consultarse manuales sobre el *Staatsrecht* como el de STEIN, el de BADURA, el de DOEHRING, etc.

(63) Véase FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Nota preliminar» a la edición española del *Derecho Político* de E. STEIN, cit., pág. XIII.

(64) *HSiR*, I, pág. VII.



mentos del Estado y de la Constitución (vol. I); La formación democrática de la voluntad. Los órganos estatales de la Federación (vol. II); La actividad del Estado (vol. III); La Constitución financiera de la Federación. El orden federal (vol. IV); Teorías generales de los Derechos Fundamentales (vol. V); Los Derechos de Libertad (vol. VI); Normatividad y defensa de la Constitución. Relaciones internacionales (vol. VII). El *Handbuch* ofrece así una minuciosa puesta al día del «estado de la cuestión» en todos y cada uno de los temas fundamentales del «Derecho del Estado», unida, naturalmente, a la contribución personal de los respectivos autores, especialistas en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Financiero o Derecho Internacional Público.

#### LA «CIENCIA DEL DERECHO DEL ESTADO»

Pero, sin duda, junto a esa concepción del «Derecho del Estado» como conjunto de normas, centrado en la Constitución, pero abarcando también «el ámbito normativo en que se concretizan sus estructuras, se desarrollan sus normas y se llevan a la práctica sus decisiones fundamentales», el aspecto más interesante del *Handbuch* para la Ciencia Jurídica española es la concepción de la propia «Ciencia del Derecho del Estado» que en él, de una u otra forma, se explicita. El objeto de esa Ciencia es el «Derecho del Estado», y su método, el método jurídico (65), pero la singularidad del objeto impone ciertas reglas a la ciencia. En la necesidad de resumir, citaré ahora sólo algunas de entre las que me parecen en este contexto más significativas: 1) lo políticamente imposible no puede ser objeto de una ciencia jurídica seria (66), máxima a la que Isense llama la «reserva de lo políticamente posible» (67); 2) la «Ciencia del Derecho del Estado» tiene inevitablemente consecuencias políticas; para cumplir su función política tiene que actuar de forma no partidaria (68); 3) el principio de la «unidad de la Constitución», guía de la interpretación sistemática, ha de entenderse referido a la Constitución material, no a la Constitución formal (69); 4) el intérprete del «Derecho del Estado» ha de considerar, si bien

(65) Aunque, como es sabido, sobre cuál es el método jurídico correcto o adecuado se discute en Alemania igual que en España.

(66) G. JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, cit., pág. 17.

(67) J. ISENSEE: «Verfassungsrecht als politisches Recht», en *HSiR*, VII, págs. 138 y sigs.

(68) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Die Eigenart des Staatsrechts...», cit., pág. 19. Con ello se extiende a la ciencia el imperativo que N. LUHMANN formula para la jurisprudencia.

(69) J. ISENSEE: «Verfassungsrecht...», cit., págs. 127-128. La idea de Constitución material que, como hemos dicho, implica la del Estado, enlaza con el «concepto» de «Estado» de

con criterios jurídicos, las consecuencias políticas de su interpretación (70).

El *Handbuch* es, en suma, un riguroso y considerable esfuerzo teórico que, al tiempo que facilita la integración constitucional de las dos Alemani­as y justifica los límites constitucionales a la integración de Alemania en Europa, ofrece a los estudiosos del «Derecho del Estado» una riquísima fuente de información y una determinada concepción de la «Ciencia del Derecho del Estado». Para la doctrina española, el libro será de enorme utilidad, y es incluso posible que algunas de las tesis que en él se mantienen puedan servir a nuestros estudiosos de punto de encuentro. Cuando la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado tiende a convertirse en algo cada vez más ilusorio (71), frente a una interpretación jurídica constitucionalmente introvertida, frente al *fiat constitutio, pereat respublica*, la reconsideración del Estado constitucional a la luz de los distintos principios que lo inspiran es, sin duda, un buen camino para defender la fuerza normativa de la Constitución.

---

HERMANN HELLER («unidad organizada de decisión y acción»), que se cita reiteradamente en el *Handbuch*.

(70) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Die Eigenart...», c. l., pág. 25.

(71) WALTER SCHMITT GLAESER: «Mittwirkung an der Willensbildung», en *HStR*, II, pág. 68.