

## HISTORIA Y FUTURO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EUROPA\*

SUMARIO: I. *Premisas, objeto y propósito*. II. *El desarrollo del derecho constitucional*. III. *Situación actual*. IV. *Europeización dentro del espacio jurídico europeo*.

La necesidad de superar la fijación del derecho público por el Estado-nación se hace más patente en Europa que en ningún otro lugar del mundo. En dicho continente, tanto quienes se dedican a la teoría como a la praxis del derecho público son testigos e incluso actores del formidable y notorio proceso de desarrollo de un nuevo derecho público surgido de la integración europea, al que se califica como el nuevo *ius publicum euro-*

\* Este artículo presenta los resultados de una investigación comparada en derecho constitucional publicada en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Publicum Europaeum*, vol. I: *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, 2007, vol. II: *Offene Staatlichkeit - Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, 2008. Para una evaluación del proyecto véase las recensiones de Requejo Pagés, Juan Luis, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, pp. 327-335, Cassese, Sabino, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2008, Immediato, Miriam, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, año XLIX, 2010, 1, pp. 194-196, Linck, Joachim, Jena, Erfurt, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2/2008, p. 207 y 208, Kluth, Winfried, *ZAR* 10, 2008, p. 364, Stolleis, Michael, *Internetrezension* <http://www.koeblerger-hard.de/ZRG126Internetrezensionen2009/Handbuch-IusPublicumEuropaeum.htm>, Le Divellec, Armel, *Jus Politicum*, núm. 1, 2009, pp. 235-241, <http://www.juspoliticum.com/Armin-von-Bogdandy-Pedro-Cruz.html>, Ipsen, Jörn, *NdsVBl. Heft 6/2009*, Giegerich, Thomas, *German Yearbook of International Law*, 51, 2008, pp. 731-738, Starck, Christian, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 134, 2009, pp. 275-280, Khushal Murksens, Jo Erik, *The Modern Law Review Ltd.*, 72, 2009, 4, pp. 669-692, Becker, Florian, *European Public Law*, 15, 2009, 3, pp. 459-464, Stolleis, Michael, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 126, 2009, pp. 888-890. Este texto se basa sustancialmente en las contribuciones de los autores Walter Pauly de Alemania, Luc Heuschling y Olivier Jouanjan de Francia, Christos Pilafas de Grecia, Adam Tomkins y Martin Loughlin de Gran Bretaña, Maurizio Fioravanti y Mario Dogliani junto a Cesare Pinelli de Italia, Remco Nehmelman y Leonard

*paeum*. Dicho *ius publicum europaeum* constituye la dimensión jurídico-pública de un espacio jurídico conformado conjuntamente por el derecho de la Unión Europea y el de sus Estados miembros.

De lo que se trata en dicho proceso es de elaborar un derecho público adecuado al espacio jurídico europeo. Para ello, la calidad del *ius publicum europaeum* depende de que tanto la doctrina como los juristas prácticos se muestren sensibles hacia el derecho de otros Estados. Unos y otros deberían operar sobre la base de habilidades, conocimientos y valores comunes, y reajustar y seguir desarrollando sus respectivos acervos jurídico-públicos bajo la perspectiva del espacio jurídico europeo.

A la luz del espacio jurídico europeo, el derecho comparado emerge así como una labor fundamental de nuestros días. ¿Por qué? Por múltiples razones, de las cuales aquí solo se mencionarán cinco:

(1) El derecho comparado intraeuropeo permite identificar la tradición constitucional común de los distintos Estados miembros y, con ello, una de las fuentes del derecho de la Unión Europea.

(2) El principio de cooperación leal del artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea en la versión del Tratado de Lisboa (TUE) y el significativo papel reconocido a los derechos constitucionales nacionales por parte del artículo 4.2 del mismo exigen la toma en consideración recíproca, precisamente, de materias jurídico-públicas.

(3) A menudo, sólo a través del derecho comparado se puede aprender el verdadero significado de los actos jurídicos europeos —frecuentemente inspirados en modelos nacionales— o de las resoluciones de los tribunales europeos y comprender, de esta forma, la transformación del derecho nacional que comportan.

(4) El derecho comparado y el conocimiento de otros sistemas de derecho público pueden ayudar, tanto a los funcionarios que actúan a nivel europeo como a los que lo hacen a nivel interestatal, a entender las pos-

Besselink de los Países Bajos, Alexander Somek de Austria, Irena Lipowicz y Piotr Tuleja de Polonia, Kjell Å. Modér de Suecia, Rainer J. Schweizer, Giovanni Biaggini, y Helen Keller de Suiza, Mariano García-Pechuán y Manuel Medina Guerrero de España, y András Jakab y Gábor Halmai de Hungría. Traducción Mariela Morales Antoniazzi, de una versión adaptada y corregida del original en inglés “The Past and Promise of Doctrinal Constructivism. A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe”, publicada en *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009 3, pp. 364-400.

turas de sus colegas y a ajustar y enriquecer la línea de argumentación propia.

(5) En lo que respecta a la ciencia jurídica, se perfila un espacio científico-jurídico europeo en el que el estándar de la investigación de calidad afronta, cada vez más, los problemas desde una perspectiva europea y con el apoyo creativo de doctrinas foráneas.

Los tiempos actuales reclaman trabajos académicos que, desde la perspectiva de un espacio jurídico europeo en formación, se nutran de los fundamentos de otros ordenamientos jurídicos europeos, en particular de los acontecimientos históricos que los marcaron, de sus etapas de desarrollo, de sus rasgos sistemáticos básicos, de sus distintos estilos jurídicos y científicos. El manual *Ius Publicum Europaeum* persigue dicho objetivo y consta, hasta la fecha, de los siguientes volúmenes: vol. I: *Fundamentos y rasgos básicos del derecho constitucional estatal* (2007, coordinado conjuntamente con Pedro Cruz Villalón y Peter M. Huber); vol. II: *Estatividad abierta – La ciencia del derecho constitucional* (2008, coordinado conjuntamente con Pedro Cruz Villalón y Peter M. Huber); vol. III: *Fundamentos del derecho administrativo estatal* (2010, coordinado conjuntamente con Sabino Cassese y Peter M. Huber); vol. IV: *La ciencia del derecho administrativo* (2011, coordinado conjuntamente con Sabino Cassese y Peter M. Huber); vol. V: *Rasgos básicos del derecho administrativo estatal* (publicación en 2011, coordinado conjuntamente con Sabino Cassese y Peter M. Huber). Se contempla la posibilidad de enriquecer dicha obra con ulteriores volúmenes.

El trabajo que se transcribe a continuación es el resumen revisado y actualizado de los doce informes nacionales sobre la ciencia del derecho constitucional incluidos en el tomo II del manual. La aplicación práctica del programa metodológico en él expuesto puede observarse particularmente en la contribución sobre los principios del derecho constitucional europeo contenida en el presente libro. Las reflexiones que en él se efectúan podrían ser de interés para el contexto latinoamericano a fin de distinguir con mayor claridad la diferencia específica entre la concepción europea y estadounidense de la actividad científico-jurídica, así como para avanzar en la sistematización de un *ius publicum latinoamericanum*.

Una última consideración preliminar sobre el concepto, aún poco utilizado, de espacio jurídico europeo. He elegido deliberadamente este concepto asociado al artículo 3o., TUE, porque distintos motivos me llevan a pensar que posee un gran potencial. El término en singular “espacio” denota que se trata de un todo de nuevo cuño integrado por la Unión Europea y sus Estados miembros que trasciende lo existente hasta ahora: los distintos Estados nacionales. Al mismo tiempo, el término “espacio” evita tanto una interpretación en clave federal, como una comprensión tradicional de derecho internacional público de este nuevo todo. Con ello, este concepto evita posicionarse sobre la controversia seguramente más antigua de la integración europea, y que ha devenido estéril: ¿la Unión debe ser una Confederación de Estados de carácter internacional o un Estado federal? Con el concepto del espacio jurídico europeo resulta posible liberarse conceptualmente de ese antiguo debate y tomar nuevos rumbos que permitan afrontar los verdaderos retos que tiene ante sí la Unión Europea.

### I. PREMISAS, OBJETO Y PROPÓSITO

Tres factores, cuando menos, están desafiando hoy día los modos establecidos de desarrollar la ciencia constitucional en Europa. El primero de ellos es el proyecto europeo de crear un espacio europeo del conocimiento, incluyendo las humanidades, las ciencias sociales y las ciencias jurídicas.<sup>1</sup> Como el espacio europeo del conocimiento es principalmente concebido en analogía con el mercado europeo, las estructuras nacionales que todavía predominan en la organización de la ciencia del derecho constitucional van a estar sometidas a una presión creciente. El segundo reto viene marcado por la rápida evolución del espacio jurídico europeo, con numerosas cuestiones de relevancia constitucional, que además a menudo está estrechamente interrelacionado con los fenómenos jurídicos internacionales. Esto debilita la ciencia establecida, habitualmente centrada en una sola fuente: la Constitución nacional. Considerando que la Constitución fue comprendida formalmente como la base de un universo normativo, ahora se entiende cada vez más como parte de un pluriverso normativo, que propicia la comparación. El tercer desafío

<sup>1</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo, Barcelona, 15 y 16 de marzo de 2002. SN 100/02 ADD 1, punto 47.

se deriva de las principales *law schools* de los Estados Unidos que participan en la formación de los nuevos líderes académicos del área de la investigación europea. La investigación jurídica en estas instituciones es muy variada, casi siempre hay un contraste con la forma habitual de realizar las investigaciones jurídicas en Europa.<sup>2</sup> En un sistema globalizado de investigación jurídica, el solo prestigio de estas instituciones sumado a la competencia por ganar los mejores talentos y tener influencia en el extranjero invitan a realizar un balance de la ciencia constitucional en Europa. A la luz de estos retos, el presente trabajo pretende recordar algunos de los elementos a través de los cuales se ha desarrollado la ciencia constitucional en Europa y proponer el modo tradicional, presentado como constructivismo dogmático, como el foco de la disciplina, definiendo sus funciones e identidad.

El constructivismo dogmático presenta una combinación singular de teoría y práctica. La siguiente afirmación de Ernest Gellner: “En la base del orden social moderno no se encuentra el verdugo, sino el profesor” parece especialmente adecuada para la ciencia jurídica.<sup>3</sup> No todos compartirán esta afirmación categórica acerca de la primacía de la teoría sobre la práctica, pero muy pocos negarán que los profesores juegan un papel clave en los ordenamientos jurídicos, al menos en los de los Estados miembros de la Unión Europea. La identidad y calidad de estos ordenamientos se encuentran estrechamente ligadas con la identidad y calidad de sus respectivas ciencias jurídicas. Esta ciencia no se limita a describir, sino que también configura contenidos. A veces, la misma identidad de un sistema de derecho público se fundamenta en sus creaciones conceptuales: *Staatssouveränität*,<sup>4</sup> *service public*,<sup>5</sup> o *parliamentary sovereignty*.<sup>6</sup> Y en modo alguno solo en el propio país: la institución del presidente de la V República francesa, para dar un ejemplo, una de las grandes innovaciones constitucionales del siglo XX, se produjo gracias a René Capitant, como recepción de una figura de la dogmática alemana,

<sup>2</sup> Atiyah, P. S. y Summers, R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, 1987, pp. 5 y ss., 257 y ss., 384 y ss.; Feldman, S. M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism, an Intellectual Voyage*, 2000.

<sup>3</sup> Gellner, E., *Nationalismus und Moderne*, 1995, p. 56.

<sup>4</sup> Pauly, IPE, § 27, nota marginal 6.

<sup>5</sup> Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 19.

<sup>6</sup> Loughlin, IPE, § 4, nota marginal 39.

el “guardián de la Constitución” de Schmitt (*Hüter der Verfassung*).<sup>7</sup> Los profesores administran, y en no pocas ocasiones, marcan los conceptos y sistemas, explican y legitiman a la luz de los principios fundamentales, inspiran y critican el desarrollo jurídico, y forman las futuras generaciones. Muchos de ellos ejercen de manera inmediata el derecho, basándose frecuentemente en su reputación científica, ya sea como consultores, como abogados o incluso, en la culminación de una carrera científica, como jueces. Una comprensión profunda de un orden jurídico es impensable sin el conocimiento de su ciencia jurídica.

El presente texto parte del carácter científico del estudio académico del derecho, al menos en el sentido del concepto alemán de ciencia (*Wissenschaft*). Por diversas razones, el uso del término “ciencia” es problemático, especialmente para la dogmática jurídica: por la poca relevancia de la distinción verdadero/falso, la escasez de reflexiones metodológicas más allá de las cuestiones relativas a la aplicación de normas o por el papel creador (y no sólo de observador) de numerosos profesores.<sup>8</sup> Ello explica probablemente las autodenominaciones de “*Staatsrechtslehrer*”, “*costituzionalista*” o “*legal acholar*”, que evitan el concepto de científico. No es descabellado definir a la dogmática jurídica, campo principal de trabajo de los profesores de derecho en Europa, como parte de la *praxis* jurídica. Esto concuerda con el doble significado que se le asigna a los términos “derecho constitucional”, “*Verfassungsrecht*”, “*diritto costituzionale*”, “*constitutional law*”, ya que estos términos aluden tanto al objeto del derecho constitucional vigente como a la disciplina científica.

No obstante, estas observaciones no alcanzan a poner en entredicho la concepción de la labor de los profesores de derecho, incluida la dogmática jurídica, como ciencia, bajo el enfoque alemán. Los constitucionalistas son científicos, en la acepción habitual del término, en razón del modo de trabajo característico de la disciplina: son miembros de los establecimientos del “sistema académico”, en los que se reflexiona, enseña y publica sobre el derecho<sup>9</sup> de manera profesional, sistemática e independiente de los procesos de adopción de decisiones. En ningún lugar de

<sup>7</sup> Jouanjan, IPE, § 2, nota marginal 28.

<sup>8</sup> Por todos, Luhmann, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, p. 13.

<sup>9</sup> Acerca del entendimiento pragmático de la ciencia, Weingart, P., *Die Stunde der Wahrheit*, 2001, pp. 17 y ss.; Schulze-Fielitz, H., “Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?”, *JöR*, 51, 2002, p. 1.

Europa se cuestiona la *adscripción* del derecho a las Universidades como instituciones científicas, que por cierto está cubierta por la garantía constitucional de la libertad de la ciencia (*Wissenschaft*),<sup>10</sup> y no sólo por la libertad de expresión. Desde una perspectiva histórica, es preciso señalar además que las facultades de derecho se encuentran entre los elementos que han integrado y configurado desde el principio las universidades europeas,<sup>11</sup> justamente —desde la perspectiva de las instituciones políticas responsables de su financiación— en atención a su orientación práctica. En consecuencia, la mayoría de las ciencias constitucionales continentales conciben el derecho constitucional como una ciencia, pero pocas como una ciencia social.<sup>12</sup> Humanidades (*Geisteswissenschaft*) o el término independiente de ciencias jurídicas (el plural se debe a la dualidad entre derecho canónico y derecho civil) es la comprensión predominante, lo que es correcto a la luz de la importancia del constructivismo dogmático.

Un estudio sobre la ciencia jurídica no debiera limitarse a la investigación. El vínculo entre investigación y docencia en este caso es muy estrecho. Gracias a esta orientación, la elaboración de textos de estudio adecuados y demás materiales de documentación e instrucción, constituye uno de los objetivos principales de la investigación científico-jurídica.

En resumen: la investigación sobre las estructuras básicas del derecho constitucional en Europa y cualquier propuesta sobre cómo puede evolucionar en el espacio jurídico europeo no puede omitir una investigación sobre el papel de la ciencia jurídica. En vista de ello, se presentan algunos datos históricos y sociológicos. Es de destacar que estas páginas no están destinadas a la reconstrucción histórica de los caminos recorridos por los diversos sistemas jurídicos, sino más bien se trata de una exploración de tipo heurístico a la luz de los retos mencionados.

<sup>10</sup> La Ley Fundamental alemana contiene una garantía específica del derecho a la libertad en la investigación científica en el artículo 5o., párrafo 3; de modo similar lo regula el artículo 13 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la inclusión en la ciencia jurídica (y en la teología) C. Starck, en Mangoldt, V. *et al.* (eds.), *GG Kommentar*, 5a. ed., 2005, vol. 1, artículo 5o., párr. 3, nota marginal 354.

<sup>11</sup> Véase Kant, I. *Der Streit der Fakultäten*, 1798, pp. 129 y ss.

<sup>12</sup> Me sorprendió encontrar la Facultad de Derecho de la Universidad de Warwick en el edificio de las ciencias sociales; una Facultad de Derecho alemana, sin duda, se opondría a ello. Lo común es ubicar las ciencias sociales al lado de las ciencias jurídicas. En España, por ejemplo, una denominación común es la de “Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas”.

## II. EL DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El análisis de una determinada cuestión jurídica dirige, por lo regular, la mirada atrás, es decir, hacia los actos de un constituyente, de un legislador, o de un tribunal de justicia. Aun cuando esta dimensión retrospectiva forma parte esencial de las ciencias jurídicas, son muchos los juristas que parecen olvidar el componente historicista de su disciplina. Pocas son las ocasiones en las que se investiga la autoría de una idea y el contexto en el que ésta surge. Lo que interesa a los autores generalmente es la aceptación de una idea en el discurso jurídico actual. El abandono de la evolución histórica no es de por sí preocupante: la proyección hacia el futuro es señal de una ciencia consciente de su propio valor. Pero ello no deshace el camino andado: el carácter de todos los fenómenos culturales y sociales, su “dependencia de su evolución”, se encuentra asentada desde los tiempos de Vico, Montesquieu y el Romanticismo.

### 1. *Los orígenes*

#### *A. Dos relatos sobre la génesis*

En toda tradición científica existe una serie de desarrollos, acontecimientos y textos que pueden ser interpretados y destacados como su “punto de partida”. Comparando los análisis relativos a las realidades nacionales en torno a la interrogante “¿En qué contexto surgió la ciencia del derecho constitucional?”, se pone de manifiesto una división básica; esta pregunta puede ser respondida desde una perspectiva amplia del derecho público o desde la perspectiva específica del derecho constitucional. Algunos autores ubican la génesis de la materia derecho constitucional en el mismo momento de la génesis del derecho público, en el sentido del nacimiento de normas jurídicas que tienen como objeto instituciones políticas;<sup>13</sup> otros, en cambio, se concentran en una carta constitucional.<sup>14</sup> Esta diferencia constituye una primera expresión de la divergencia profunda acerca de cómo se ha de comprender la incorporación del derecho constitucional y de su ciencia en el conjunto del derecho público.

<sup>13</sup> Véase Jakab, Nehmelman, Lipowicz, Pauly, Tomkins, Schweizer, IPE.

<sup>14</sup> Fioravanti, Pilafas, IPE.

Las doctrinas nacionales identifican, bien una confrontación política, bien un hecho político como acontecimiento clave que conduce hacia una ciencia de aquella porción del derecho público que tiene como objeto las instituciones políticas. Es particularmente en el marco de las organizaciones políticas no unitarias donde el tratamiento de conflictos políticos parece ser visto como desencadenante en la mayoría de los casos. Es posible que no sea mera coincidencia que ello tenga lugar, sobre todo, en tradiciones apegadas al Sacro Imperio Germánico.<sup>15</sup> Así, el derecho público y su ciencia, surgieron como forma de tratar tales conflictos, para los cuales ni la religión, ni el derecho civil, ni la filosofía política ofrecían respuestas adecuadas. El derecho público y la ciencia correspondiente surgen, por lo tanto, de desarrollos múltiples: la autonomización de lo político a través de las correspondientes teorías de la soberanía y de la razón de Estado, la concepción del soberano como legislador, el concepto voluntarista del derecho, la transformación de la sujeción personal feudal en una entidad fundada en un poder institucionalizado de carácter territorial y transpersonal, generan derecho público y, como parte de éste, el derecho de las instituciones políticas —y con él su ciencia—. La obra de William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), estaba destinada a llevar esta tradición continental a Inglaterra, con una profunda influencia en los Estados Unidos.<sup>16</sup>

En cambio, las interpretaciones en otros Estados europeos comienzan con hechos políticos, ya sea la promulgación de una Constitución revolucionaria o la formación del Estado.<sup>17</sup> En ellas, la función ideológica de la ciencia jurídica constitucional de apoyar el proyecto político parece dominar en el contexto original. La función práctica de resolver conflictos políticos, característica del primer tipo de narrativa acerca del origen de esta ciencia, pasa a un segundo plano. La ciencia jurídica constitucional se sitúa, más claramente que en la primera narrativa, al servicio de un nuevo orden, en muchos casos simultáneamente al de la estabilización del compromiso histórico en el cual éste se fundamenta.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Referente al papel especial del *ius publicum* en Alemania Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. I: 1600-1800, 1988, p. 49.

<sup>16</sup> Kennedy, D., "The Structure of Blackstone's Commentaries", *Buffalo Law Review*, vol. 28, 1979, p. 205.

<sup>17</sup> Fioravanti, IPE, § 31, nota marginal 1; Pilafas, IPE, § 29, nota marginal 2; Somek, IPE, § 33, nota marginal 1

<sup>18</sup> Fioravanti, IPE, § 31, nota marginal 2 s., 12.

### B. *El Estado de derecho formal como conditio sine qua non*

La ciencia constitucional polaca durante el siglo de la desmembración de ese país nos muestra que esa ciencia puede ser cultivada sin que el texto constitucional estudiado posea valor jurídico.<sup>19</sup> Pero este notable caso se explica por el tenaz deseo de supervivencia de la nación polaca y supone una excepción que confirma la regla: un estudio científico del derecho constitucional sólo se desarrolla cuando el derecho estudiado es vinculante para quienes detentan el poder. El derecho del Estado o el derecho constitucional no necesariamente presupone derechos fundamentales y democracia, pero sí requieren condiciones que en el ámbito de lengua alemana se circunscriben bajo el concepto del “Estado de derecho formal”.

En este sentido, si bien el potente positivismo iuspublicista alemán pudo desarrollarse en un constitucionalismo tendencialmente autoritario, solo parcialmente democrático, pero basado en el imperio del derecho, involucrena en el periodo del nacionalsocialismo totalitario, a pesar de algún intento de congraciamiento por parte de la doctrina.<sup>20</sup> En los Estados socialistas la materia se agota en ideología y en una timorata exégesis.<sup>21</sup> Tanto el autoritarismo de Napoleón Bonaparte como el de Napoleón III se tradujo en una supresión de la materia, del mismo modo que la actuación, a veces extra constitucional, de Charles de Gaulle la conduce a una crisis.<sup>22</sup> En la España de Franco se cultiva la disciplina del “derecho político”, una materia amorfa cuya superación constituye una de las primeras demandas de la nueva ciencia en la España democrática.<sup>23</sup> Esto también puede explicar porque el método positivista es mucho más combatido en el estudio del derecho internacional, pues en este ámbito el imperio de la ley es muy precario.

### 2. *Etapas de una historia “exitosa”*

En el desarrollo de las diversas ciencias del derecho constitucional es posible distinguir entre cesuras de tipo sincrónico y asincrónico. Por una

<sup>19</sup> Lipowicz, IPE, § 34, nota marginal 10 y ss.

<sup>20</sup> Pauly, IPE, § 27, nota marginal 11.

<sup>21</sup> Jakab, IPE, § 38, nota marginal 11 y ss.

<sup>22</sup> Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 4, 24.

<sup>23</sup> García-Pechuán, IPE, § 37, nota marginal 1 y ss., 12.

parte, existen cesuras que ocurren esencialmente al mismo tiempo en las distintas ciencias, particularmente la del “método jurídico positivista”. Por otra, existen cesuras que son de contenido similar y generan consecuencias comparables, pero que tienen lugar en momentos históricos distintos: piénsese en los procesos científicos desencadenados por la transición hacia una forma de Constitución democrática liberal, por la creación de un Tribunal Constitucional o por la europeización.

*A. Establecimiento de la disciplina y del “constructivismo dogmático” gracias al “método jurídico positivista”*

Es curioso como la primera aparición de la disciplina viene ubicada en tiempos muy distintos: el abanico va desde la temprana época moderna (siglo XVI) hasta el fin del siglo XIX.

*a. La agenda original*

No obstante, las distintas descripciones históricas sobre los orígenes de las ciencias del derecho constitucional tienden a configurar su ubicación como meros “antecedentes”. Desde la perspectiva dominante, en el siglo XIX tiene lugar una profunda fractura: se impone un programa científico que establece la disciplina en su forma moderna. Sólo en la doctrina británica puede hablarse de una figura que fue relevante para la fundación de la disciplina, Walter Bagehot, que escribió antes de que se estableciera ese programa, que además no era jurista sino periodista y que, asombrosamente, no daba gran importancia al derecho.<sup>24</sup> Esto expresa la singularidad de la ciencia británica.

El momento del arraigo de la disciplina del derecho constitucional, así como las otras etapas, pueden ser vistas desde múltiples perspectivas: como parte de la estabilización de un acuerdo histórico, por ejemplo entre la burguesía y la monarquía, como momento de diferenciación social en el marco de la industrialización, o como parte de un proyecto ideológico de legitimación del poder. Todos estos importantes enfoques para las funciones del derecho constitucional pueden ser utilizados no sólo en el pasado, sino también para nuestros días. Este trabajo no sigue ninguna de

<sup>24</sup> Tomkins, IPE, § 30, nota marginal 13 y ss. Véase también *infra* p. 25.

estas perspectivas, más bien desarrolla una perspectiva interna: el interés en el establecimiento de la autonomía de la disciplina y su legitimidad funcional.<sup>25</sup> Por cierto, ésta es sólo una de varias perspectivas, y no la más crítica; sin embargo, parece la más apropiada a los fines de debatir los desafíos mencionados más arriba.

El interés por la autonomía y la legitimidad de nuestra ciencia sólo se comprende en el contexto de consolidación de las distintas disciplinas científicas, en particular durante la segunda mitad del siglo XIX, marcado por el positivismo. La ciencia del derecho público se encontró con especiales dificultades para lograr el reconocimiento de su autonomía en la medida que su objeto era el derecho de las instituciones políticas: era considerada o bien meramente exegética y con ello de escaso contenido científico, o bien de procedencia historiográfica o filosófica, y con ello sin propiedad jurídico-científica, o bien como actividad política. Ello hizo dudar de su legitimación funcional como ciencia jurídica. En la competencia entre los diversos departamentos de la Facultad, los esfuerzos del derecho constitucional permanecieron a la sombra del académicamente dominante derecho civil.<sup>26</sup>

La afirmación de la autonomía de la ciencia del derecho constitucional casi siempre, pero no en todas partes, se asocia con la ciencia jurídica alemana, particularmente con el llamado “método jurídico” del positivismo del derecho del Estado (*staatsrechtlicher Positivismus*). Este movimiento científico, personificado por Gerber y Laband, se distancia de los argumentos políticos, históricos y jus-naturalistas, pero también del trabajo meramente documental y exegético,<sup>27</sup> a fin de conducir la materia derecho del Estado, y con ello la ciencia del derecho constitucional, hacia la “autonomía científica”: establece el *proprium* del derecho constitucional.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Una voz crítica famosa sobre esta perspectiva es von Kirchmann, J. H., *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), Meyer-Tscheppe (ed.), 1988.

<sup>26</sup> Véase IPE, Fioravanti, § 31, nota marginal 13; Nehmelman, § 32, nota marginal 16; Pilafas, § 29, nota marginal 9 y ss.; Heuschling, § 28, nota marginal 6.

<sup>27</sup> Gerber, C. F., *Die öffentlichen Rechte*, 1852; *id.*, *Die Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1865; Laband, P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1876; Georg Jellinek movilizó este proyecto hacia una dirección más liberal proporcionando las bases conceptuales de los derechos individuales contra el Estado, Jellinek, G., *Gesetz und Verordnung*, 1887; *id.*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892.

<sup>28</sup> Pauly, IPE, § 27, nota marginal 7.

Este “método jurídico” no sólo exigía de la ciencia del derecho constitucional el conocimiento de la materia jurídica positiva. El programa sigue la línea de conceptualización jurídica de la escuela histórica del derecho y consiste en una estructuración del derecho mediante conceptos autónomos. Con este propósito, el derecho es separado de la realidad social y reducido a actos jurídicos que se originan en fuentes jurídicas específicas.<sup>29</sup> Sobre esta base se trasciende el material positivo, pero no mediante razonamientos políticos, históricos o filosóficos, sino a través de conceptos básicos tales como Estado, soberanía, derecho público subjetivo, persona jurídica, ley formal y ley material. Estos términos, aun cuando revisten una connotación claramente filosófica (*jus-natural*),<sup>30</sup> se conciben como conceptos *específicamente jurídicos* y con ello autónomos, cuyo tratamiento queda exclusivamente bajo la competencia de la ciencia del derecho. El objetivo científico es elaborar el derecho público como el derecho privado, es decir, como un complejo de conceptos sistemáticamente coordinados. La abstracción, la acuñación de términos y la ordenación de material se convierten en cualidades científicas determinantes.

Con la elaboración de estos conceptos, la ciencia del derecho crea un espacio discursivo autónomo, como estrato intermedio entre los conceptos *jus-naturalistas*, primordialmente adscritos a la teología y la filosofía, y los conceptos positivos inmediatamente accesibles a la política y los tribunales.<sup>31</sup> De la competencia profesional específica en la creación de conceptos y de la capacidad de estructuración, emana la legitimación funcional de la disciplina, gracias a la premisa subyacente de que sólo una materia jurídica conceptualmente racionalizada puede ordenar Estado y sociedad.<sup>32</sup> Tal actividad puede producir una legitimidad específica bajo la condición de que sólo un conjunto de provisiones legales ordenado por conceptos legales autónomos cumple con los requerimientos de la racionalidad.

<sup>29</sup> Así, sentencias, actos administrativos o contratos no forman parte del ordenamiento.

<sup>30</sup> Sobre los contenidos iusnaturalistas o racionalistas de este programa científico cercano al idealismo alemán Rückert, J., *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 1984, pp. 232 y ss.

<sup>31</sup> Véase von Kirchmann, J. H., *op. cit.*, nota 25, p. 29. Fundamenta justamente con ello la falta de valor del derecho como ciencia.

<sup>32</sup> Un clásico: Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1972, pp. 825 y ss.

Así delimitada, la ciencia del derecho público adquiere un perfil propio, tanto de carácter interdisciplinar frente a la filosofía, la historia y las ciencias políticas como intradisciplinar frente al derecho civil, al enfocar las relaciones jurídicas verticales y no horizontales.<sup>33</sup> Es cierto que la dogmática del derecho público carece del nivel de detalle y autoridad de la dogmática del derecho civil. Sin embargo, ello también entraña una ventaja específica: el reproche según el cual el “método jurídico” en el derecho constitucional implica la deducción de decisiones concretas a partir de conceptos abstractos, no puede ser justificado en contra de cualquier autor propulsor de este programa científico.

El desarrollo de ese programa en el derecho del Estado no solamente implica una cesura para la ciencia alemana, sino para muchas ciencias europeas, así para Hungría,<sup>34</sup> Grecia,<sup>35</sup> los Países Bajos,<sup>36</sup> Suecia,<sup>37</sup> Suiza.<sup>38</sup> La circunstancia según la cual en Italia Orlando<sup>39</sup> se remita a Savigny y no a Laband<sup>40</sup> se explica menos por razones científicas que por motivos político-constitucionales: la orientación política de Laband se situaba más allá del compromiso que sostenía a la Constitución italiana y cuya conservación era la preocupación más relevante de la ciencia del derecho constitucional italiana.<sup>41</sup>

Distinta es la situación sobre todo en Inglaterra y Francia. Los estudios ingleses no mencionan en absoluto una influencia del positivismo del derecho del Estado alemán.<sup>42</sup> Sin embargo, la obra de Dicey<sup>43</sup> se asemeja a la de Laband, lo que demuestra que el momento era propicio para

<sup>33</sup> Pauly, IPE, § 27, nota marginal 7.

<sup>34</sup> Ernő Nagy citado en Jakab, IPE, § 38, nota marginal 7.

<sup>35</sup> Nikolaos N. Saripolos citado en Pilafas, IPE, § 29, nota marginal 15.

<sup>36</sup> Johannes T. Buys citado en Nehmelman, IPE, § 32, nota marginal 16.

<sup>37</sup> Modéer, IPE, § 35, nota marginal 7.

<sup>38</sup> Schweizer, IPE, § 36, nota marginal 19.

<sup>39</sup> Orlando, V. E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, en *id.*, *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema (1881-1940)*, 1954, pp. 3 y ss.; Fioravanti, M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, 2001, I, pp. 23 y s.; Lanchester, F., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, 1994, pp. 323 y ss.

<sup>40</sup> Fioravanti, IPE, § 31, nota marginal 15.

<sup>41</sup> En detalle, Fioravanti, M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, 2001, t. 1; Lanchester, F., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 10.

<sup>42</sup> Véase, sin embargo, Reimann, M., *Historische Schule und Common Law*, 1993.

<sup>43</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885.

un programa científico como el del “método jurídico positivista en el derecho del Estado”. Sobre la base de Austin y el positivismo utilitarista, Dicey ofrece una exposición muy efectiva del derecho constitucional, que lo lleva a claras líneas conceptuales mediante la disolución de contradicciones y ambigüedades; en ello su obra se corresponde con el programa del positivismo en el derecho del Estado alemán,<sup>44</sup> a pesar que se pone mayor énfasis a la práctica constitucional y a las ideas políticas. Por otra parte, mientras que los tribunales no desempeñan un papel importante en la construcción de Laband, Dicey presenta la Constitución inglesa como “ley hecha por jueces”.<sup>45</sup>

En Francia, la situación se diferencia aún más.<sup>46</sup> Hasta finales del siglo XIX, la forma exegética en que el derecho privado se ocupa del Código Civil napoleónico establece el patrón dominante de la ciencia jurídica. Este enfoque, así como la historización y politización de la interpretación de la Constitución son entendidos cada vez más como insatisfactorios. No obstante, no se llega a adoptar el positivismo del derecho del Estado alemán, sino que, en el marco de la discusión general entre los dos “enemigos tradicionales”, más bien se le critica.<sup>47</sup> En la configuración más liberal de la Tercera República, Adhémar Esmein lanza la “libertad política” como concepto básico, pero la cuestión se desarrolla en una perspectiva menos conceptual y más histórica. El concepto francés, de Duguit, de *service public* constituye una respuesta liberaldemócrata al concepto del poder, que es percibido como autoritario.

#### b. Acerca de la influencia continuada del “método jurídico positivista”

Desde la perspectiva actual se constata tanto el carácter difuso, poco claro, como el éxito continuado del “método jurídico positivista” en Europa. Eso no es contradictorio: a menudo son precisamente las concep-

<sup>44</sup> Loughlin, IPE, § 4, nota marginal 39.

<sup>45</sup> Para una evaluación en la perspectiva comparada, Zoller, E., *Introduction au droit public*, précit., pp. 89 y ss.; Heuschling, L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, pp. 240 y ss.

<sup>46</sup> En detalle Jouanjan, O., “Histoire de la science du droit constitutionnel”, en Troper, M. (ed.), *Traité international de droit constitutionnel*, 2009 (en imprenta), III B 3.

<sup>47</sup> Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 18.

ciones difusas las que tienen éxito, ya que son multifuncionales. El concepto “positivismo” es problemático.<sup>48</sup> El “método” apenas define su “método” como tal, es decir, el procedimiento científico preciso de la comparación, la abstracción, la formación de conceptos, la estructuración y la ordenación del material que forman el núcleo del trabajo dogmático. Con el término “método jurídico” se define más bien una comprensión específica del derecho, *una determinada autonomía orientada hacia la autocomprensión* del jurista y un objetivo de conocimiento específico, pero apenas le da instrucciones para el estudio académico de cómo lograrlo. El programa de Kelsen muestra qué otros pasos radicales habrían sido necesarios para desplegar el método jurídico positivista a la altura de la teoría científica de aquella época, pero también pone de manifiesto la autolimitación del círculo de influencia jurídica que le estaría asociada.<sup>49</sup> Otro aspecto de ese carácter difuso radica en que la recién adquirida autonomía y la nueva calidad del estudio son imposibles de fijar con exactitud.<sup>50</sup>

Sin embargo, y quizá justamente por ello, hasta la fecha, la autodefinición de la disciplina formulada de manera ejemplar en el “método jurídico positivista”, a pesar de toda la crítica y todo el hostigamiento, constituye un —cuando no *el*— punto focal del trabajo de la mayoría de los especialistas en derecho público en Europa; lo cual incluye *cum grano salis* el Reino Unido.<sup>51</sup> Se trata de “la descripción esmerada y completa de la materia jurídica positiva”, esto es, de una documentación sistematizada, y la “definición de los conceptos dogmáticos básicos”. Desde luego que hoy ya no todo es como lo fue hace cien años: así, hoy en día la consideración y ponderación de las consecuencias de una posible interpretación juegan un papel mucho más importante que antes.

Sin duda, se ha transformado la concepción del sistema. Anteriormente se comprendía al sistema de forma criptoidealista como inherente al derecho, mientras que hoy en día las sistemáticas son consideradas más bien como instrumentos externos para el orden y el manejo del derecho. Del mismo modo se transformó la idea acerca de qué puede aportar un

<sup>48</sup> Para una clara conceptualización, véase Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, 1996, pp. 129 y ss.

<sup>49</sup> Somek, IPE, § 33 nota marginal 7 y ss.

<sup>50</sup> Fioravanti, IPE, § 31, nota marginal 20 y ss.; Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 46.

<sup>51</sup> Tomkins, IPE, § 30, nota marginal 34 y s.

sistema al derecho. Pero ello no reduce la orientación hacia la sistematización en sí misma considerada. Dados los problemas del concepto de positivismo y de su comprensión transformada y reducida, *constructivismo dogmático* podría ser una categoría más adecuada. Esta evolución ha ocurrido dentro de la disciplina tal como se fundó entonces. Los elementos definitorios son ahora la búsqueda de sistematización del desarrollo de conceptos y estructuras generales, así como la percepción de éstos como “intrínsecos” y operativos dentro del sistema jurídico.

No toda aportación jurídico-dogmática incorpora un gran proyecto jurídico-dogmático. Mucho más común es un tipo de ciencia que —como una especie de “mantenimiento” y “proyección” del derecho constitucional—, sistematiza las nuevas disposiciones constitucionales o decisiones judiciales dentro de los planes académicos establecidos, procurando así mantener la fuerza ordenadora de las grandes “doctrinas”. El elemento constructivo y el práctico convergen en función del constructivismo dogmático, que también puede ser calificado como “el mantenimiento del derecho como una infraestructura social”. Ello está referido en primer lugar a la formación y preservación de la transparencia legal. Además, la función de la ciencia jurídica en el “mantenimiento de la infraestructura” no es estática, sino que requiere la participación en el desarrollo del derecho para que esté en línea con la evolución de las relaciones sociales, intereses y creencias. El trabajo doctrinal no debe limitarse al análisis del derecho positivo, debiendo atender igualmente a su desarrollo propositivo.

El “positivismo de la jurisprudencia constitucional” (*Verfassungsgerichtspositivismus*),<sup>52</sup> es una continuación del programa del “método jurídico positivista” en un nuevo contexto jurídico caracterizado particularmente por los derechos fundamentales así como por la materialización y expansión del derecho constitucional por un tribunal constitucional. Ese positivismo permite la continuación de ese programa en tiempos de un tribunal constitucional inclinado a ponderar a favor de la justicia material. Una de las desventajas de la perpetuidad del programa originario es el hecho de que se mantiene la teoría original de las fuentes del derecho. Ello impide formular adecuadamente el papel creador del derecho en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, y convertirlo en una

<sup>52</sup> Respecto al término, *cfr.* Schlink, B., “Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, Der Staat”, 19, 1980, pp. 89 y ss.

concepción eficaz, es decir, estructuradora del derecho creado por los jueces.

El éxito fundamental de este programa en toda Europa no implica uniformidad de la práctica científica. Más bien el programa se ejecuta de maneras distintas: la jurisprudencia alemana, facilitada por las posibilidades de sustantivación y combinación de sustantivos propias del idioma (por ejemplo *Staatswillensbildungsprozess* que significa proceso de formación de la voluntad estatal), ha tejido una red particularmente tupida de conceptos dogmáticos y con ello un estrato especialmente denso de doctrinas constitucionales. Tal abstracción y tal conceptualización implican el peligro de que conceptos jurídicos dogmáticos se desasocien del contexto de los problemas para cuya solución fueron desarrollados, para luego deambular como “zombis” dogmáticos —sin función práctica— por las argumentaciones jurídicas. El esplendor de la doctrina constitucional alemana, su alto grado de autonomía y su capacidad a la hora de acuñar conceptos, y su miseria, su enredo en abstracciones carentes de función, tienen ambas el mismo origen.

Por muy diversa que sea la crítica al programa científico del “método jurídico positivista”,<sup>53</sup> lo que suele pedirse es sólo su complementación, casi nunca su sustitución absoluta. La identidad de los constitucionalistas en Europa se puede definir por el trabajo según el “método jurídico positivista” o más bien del “constructivismo dogmático”. El reconocimiento de que el derecho no solamente debería ser comprendido y manejado como orden, sino también como objeto y resultado del debate social, no ha llevado a dejar de lado el trabajo sistemático, como tampoco lo ha podido hacer la creciente dimensión socio-tecnológica de la disciplina. Este es un punto de vista que no hay que subestimar en orden a la posibilidad de la creación de una ciencia jurídica común para toda Europa. Además, pone de relieve una ciencia europea frente a la estadounidense, en la cual el realismo jurídico, pero también concepciones éticas al estilo de Ronald Dworkin, han sustraído gran parte su soporte a este perfil de trabajo.<sup>54</sup> A

<sup>53</sup> Véase Somek, IPE, § 33. El autor ofrece un análisis sobre la base de ese acceso jurídico-científico en la concepción de agudización austríaca.

<sup>54</sup> Simpson, A. W. B., “The Rise and Fall of the Legal Treatise. Legal Principles and the Forms of Legal Literature”, *The Univ. of Chicago Law Review*, 48, 1981, pp. 632, 677-679; Maxeiner, J., *U.S. “methods awareness” (Methodenbewußtsein) for German jurists*, FS für Wolfgang Fikentscher, 1998, pp. 114, 117 y ss.; sobre este desarrollo una

pesar del aumento generalizado de la importancia de la casuística, en ninguna parte de Europa, por lo menos de la Europa continental, se ha logrado imponer la convicción de que esta forma de orientación podría sustituir a una conceptual-dogmática. Esto también puede fundamentarse éticamente: la institución y el control de una coherencia sistemática sirven a las ideas de la seguridad jurídica y de la igualdad, y con ello a la justicia.

### *B. Primera expansión: realidad, teoría e ideología*

El programa positivista conduce en la mayoría de sus manifestaciones<sup>55</sup> a una separación entre el ser y el deber ser, entre la realidad social y el derecho. Se le considera como constitutiva de la autonomía de la disciplina, en ocasiones hasta se le entiende como dato ontológico. Sin embargo, el programa positivista suscita la preocupación por no dar con la realidad y no hacer justicia a la “vida”, a la que tanto el derecho como la ciencia jurídica deberían servir. Precisamente por esa razón, el proyecto positivista estuvo expuesto desde sus inicios a duras críticas —con retraso significativo en Austria en virtud de la extraordinaria influencia de Kelsen—. <sup>56</sup> Aunque con intensidades y en tonos muy diversos<sup>57</sup> como reacción al establecimiento del programa positivista, surgió el clamor por integrar la “realidad” y los “fundamentos” al estudio del derecho del Estado y así del derecho constitucional. Estos constitucionalistas críticos alegaron su competencia científica no solamente sobre cuestiones jurídicas, sino también sobre la realidad social; argumentaron tener la experiencia para determinar la función social del derecho o del ordenamiento del derecho constitucional en particular o analizar el funcionamiento real de las instituciones políticas como parte de la disciplina; o pretendieron ser especialistas no sólo en cuanto a la legalidad sino también a la legitimidad.<sup>58</sup> De esta manera florecen enfoques teóricos que hasta hoy mantienen su vigencia.

comparación aclaratoria en Atiyah, P. S. y Summers, R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, 1987, pp. 5 y ss., 257 y ss., 384 y ss.

<sup>55</sup> *Cfr.* Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 18.

<sup>56</sup> Por el caso específico austriaco Somek, IPE, § 33, nota marginal 27.

<sup>57</sup> En este sentido, *cfr.* Nehmelmann, IPE, § 32, nota marginal 23.

<sup>58</sup> Véase IPE, Nehmelmann, § 32, nota marginal 17 y s.; Pilafas, § 29, nota marginal 18 y s.; Tomkins, § 30, nota marginal 19 y ss.

Por ello, en las doctrinas nacionales, después de los profesores que fundaron el “método jurídico positivista”, se ve el surgimiento de una serie de profesores “antipositivistas” que tuvieron su auge creativo entre las décadas de los veinte y los treinta durante el siglo XX, similar al desarrollo del realismo jurídico en Estados Unidos. Su importancia en la memoria de la disciplina está al mismo nivel que la de los fundadores de la “teoría original”: Crisafulli, Ermacora, Heller, Jennings, Mortati, Santi Romano, Schmitt, Smend, Svolos. Estos autores hallan su inspiración, en parte, en la ciencia francesa que no siguió el programa del “método jurídico positivista” (por ejemplo Santi Romano y Schmitt se inspiran en Hauriou). Esta expansión en las décadas de los veinte y treinta del siglo pasado está marcada por la literatura sobre las crisis sociales de aquella época, crisis que sacuden las premisas del pensamiento del derecho del Estado y del derecho constitucional vigente hasta entonces.

Si se observa el programa de la disciplina dirigido a “integrar la realidad” y los “fundamentos” desde una perspectiva extradisciplinaria, la materia, tras su exitoso establecimiento, se expande hacia temas que la llevan al intercambio, pero también a competir con otras disciplinas, igualmente orientadas al conocimiento y la interpretación de la realidad social. Hoy en día, muchos científicos continentales podrían adherirse a una forma matizada y amplia del realismo. Esta expansión será tanto más fácil de sustentar, cuanto menos peso se le otorgue a la separación positivista entre el ser y el deber ser. Mientras más se entienda al derecho como parte de la totalidad social, más sencillo será emitir, sobre la base de la pericia jurídica, un juicio sobre la realidad social y asumir una postura ante su evolución.

En todos los Estados, el derecho constitucional se expande más allá del “método jurídico positivista”; muchos constitucionalistas no solamente se ven como expertos en la legalidad jurídico-constitucional, sino también en sus fundamentos, especialmente en su legitimidad. Sin embargo, a diferencia del “método jurídico positivista,” no logran aglutinar la “integración de la realidad” y la reflexión teórica fundamental en una plataforma común que contribuya a la identidad de la disciplina: a diferencia del sector dominado por lo dogmático, las declaraciones correspondientes a esta corriente suelen ser inconmensurables. Así se han de quedar: la incorporación de la “realidad” y de los “fundamentos” al trabajo jurídico-científico es hoy en día tan heterogénea y cuestionada como hace ochenta años.

Sirve de marco tanto a contribuciones que sólo pueden ser entendidas como especulaciones ensayistas como a los aportes que se apoyan en teorías de las ciencias humanísticas o ciencias sociales establecidas, e incluso a aquellos que trabajan con los métodos cuantitativos de ciencias sociales empíricas. En una visión retrospectiva, esta ampliación parece ser de utilidad para la disciplina: el ejemplo francés muestra el precio que paga la disciplina que no alcanza a transitar con éxito por ese camino. Las “catedrales jurídicas” temáticamente muy amplias de las primeras décadas del siglo XX no logran impedir que la ciencia política, bajo el liderazgo de Maurice Duverger,<sup>59</sup> asuma los temas no dogmáticos.

En muchos casos, es precisamente este tipo de producción jurídico-científica el que encuentra acogida en otras ciencias y hasta en la opinión pública en general. La receptividad ante estos trabajos muestra que la tradición occidental de entender tanto lo político como lo social por medio de categorías jurídicas, persiste a pesar de la fuerte competencia de las ciencias económicas, sociales o históricas. Algunas teorías que son parte de estas expansiones y propuestas de interpretación jurídicas han tenido una amplia resonancia pública y así en el proceso de la autointerpretación social. Esto sustenta el prestigio social de la disciplina tanto como su legitimidad funcional, su utilidad social.

### C. Segunda expansión: el proyecto de primacía/entronización

El proyecto sobre *ius publicum europaeum* define la expansión de la ciencia del derecho constitucional con el fin de categorizar la disciplina como “reina” entre las ciencias jurídicas, ya que de la primacía de rango formal del derecho constitucional se desprende una primacía de rango material de la ciencia del derecho constitucional. La metáfora de “entronización de la disciplina” incorpora diversas líneas de desarrollo de los últimos cincuenta años, tanto en el orden jurídico como en la propia concepción de la ciencia del derecho constitucional. Entre ellos<sup>60</sup> destaca el fortalecimiento de los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional, la constitucionalización del orden jurídico, es decir, la orientación de la totalidad del orden jurídico a preceptos constitucionales, una ética

<sup>59</sup> Duverger, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques* (1a. ed., 1955) y posteriormente en la 5a. ed., 1960, *Institutions politiques et droit constitutionnel*.

<sup>60</sup> Véase, para una descripción detallada, *Ius Publicum Europeaum*, ts. I y II.

correspondiente del colectivo de juristas, la interpretación de principios constitucionales como valores sociales así como la del derecho constitucional como vehículo de integración social.

Esto ciertamente es formulado desde una perspectiva jurídico-constitucional y además alemana; para más de una ciencia del derecho constitucional la referida “entronización” probablemente sea más un sueño de futuro que una realidad cotidiana. Los fenómenos relevantes se establecen en momentos e intensidades diferentes. Desde luego, en todos los órdenes jurídicos se observan desarrollos en ese sentido, ocasionalmente con la ayuda del derecho supranacional e internacional. Así, el artículo 4o., párrafo 2, TUE, en la versión del Tratado de Lisboa ubica incluso la identidad de los Estados miembros en los principios de sus Constituciones. Si se adopta esa premisa, las Constituciones conformarían el núcleo de la identidad de los órdenes jurídicos nacionales, es decir, juegan un papel que va mucho más allá de su preeminencia formal. Del artículo 4o., párrafo 2 del Tratado de Lisboa, también es posible deducir un consenso político sobre la respectiva concepción del derecho constitucional en todos los países miembros; lo que converge con la denominada primacía. Formulado de otra manera: si es que puede existir una disciplina “reina” entre las ciencias jurídicas, en Europa ésta será solamente el derecho constitucional.

La base de esta expansión viene dada por los derechos fundamentales así como por la jurisdicción constitucional: más conflictos, más casos, más crecimiento. Después de la Segunda Guerra Mundial los órdenes jurídicos fortalecieron los derechos fundamentales tanto material como procesalmente a través del control judicial incluso de las leyes, ya sea en forma directa y masiva como reacción ante experiencias autoritarias o totalitarias (Alemania, Grecia, Italia, Polonia, España o Hungría), ya sea en el curso del desarrollo del Estado de derecho (Francia, Gran Bretaña, los Países Bajos, Suecia o Suiza).<sup>61</sup>

<sup>61</sup> Este desarrollo constituye consiguientemente un primer punto esencial del derecho comparado en el ámbito del derecho constitucional, Bernhardt, R., “Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht”, *ZaöRV*, 24, 1964, p. 431; Mosler (ed.), *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, t. III: *Rechtsvergleichung*, Völkerrecht, 1971; Starck (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a Comparative Analysis*, 1999; Grewe, C. y Ruiz Fabri, H., *Droits constitutionnels européens*, 1995, pp. 140-190; en cambio consecuente con la organización estatal de Vergottini, G., *Diritto costituzionale*

En esta última línea de desarrollo algunos órdenes constitucionales asignan al derecho internacional una posición clave: en Francia, los Países Bajos, Suiza o el Reino Unido los derechos humanos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) constituyen la base principal de ese desarrollo.<sup>62</sup> Incluso la tradición jurídica austriaca, con su sentido escéptico de la ponderación y de los derechos fundamentales se mueve en esta dirección.<sup>63</sup> La ciencia del derecho constitucional logra consolidar esos derechos como pertenecientes a su ámbito, aun, como en el Reino Unido, bajo la premisa de la separación entre derecho constitucional y derechos humanos.<sup>64</sup>

En cuanto al contenido, el fortalecimiento de los derechos fundamentales y de los derechos humanos conduce a un desplazamiento de la atención de los temas relacionados con la organización del Estado hacia los temas de derechos fundamentales.<sup>65</sup> Lo que diferencia al “derecho de la organización del Estado” de los “derechos fundamentales” es que aquél conforma un área cerrada, mientras que los derechos fundamentales pueden resultar relevantes en un número impredecible de situaciones conflictivas reguladas por el derecho “ordinario”, es decir, el derecho vigente de rango infraconstitucional. Esa relevancia conduce a una constitucionalización del orden jurídico,<sup>66</sup> esto es, la orientación de todo el ordenamiento jurídico hacia preceptos constitucionales preeminentes, así como a una preeminencia del rango correspondiente de la ciencia que se ocupa de esta materia.<sup>67</sup> Con ello, el derecho del Estado o derecho constitucional deja atrás la condición de ser una materia más entre tantas otras.

De esta manera el “positivismo de la jurisprudencia constitucional” adquiere un papel clave. Su variante exegética hace públicas las innovaciones. Su variante analítica explica en detalle la relevancia de un fallo

comparato, 2004, que resume las cuestiones jurídicas fundamentales en 20 páginas, t. I, pp. 230 y ss.

<sup>62</sup> Véase IPE, Heuschling, § 28, nota marginal 32; Nehmelman, § 32, nota marginal 31; Biaggini, § 10, nota marginal 49; Keller, § 23, nota marginal 64; Tomkins, § 30, nota marginal 51 y s.

<sup>63</sup> Somek, IPE, § 33, nota marginal 35.

<sup>64</sup> Tomkins, IPE, § 30, nota marginal 47.

<sup>65</sup> Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 27.

<sup>66</sup> Crítico ante la terminología, *Dreier*, IPE, § 1 nota marginal 92.

<sup>67</sup> Véase Fioravanti, IPE, § 31, nota marginal 37 y ss.

para otras situaciones. Su variante estructuradora y creadora de sistemas muestra cómo en el lugar de codificaciones legislativas y logros sistematizadores referidas al derecho ordinario, ahora puede tener lugar un ordenamiento sobre una base constitucional para la totalidad del orden jurídico. Su variante crítica postula la coherencia sistemática de una jurisdicción que obedece, a veces de manera demasiado brusca, a intuiciones éticas o conveniencias políticas.

En Alemania, la constitucionalización y con ello el reordenamiento constitucional del derecho administrativo fue el tema dominante en el estudio del derecho público hasta el umbral de la década de los noventa. Pero también el derecho civil, tradicionalmente la “disciplina reina”, experimenta una incidencia constitucional mediante el efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, al igual que en el derecho penal y en las diversas ramas del derecho procesal. En general pueden observarse desarrollos similares en otros países, aunque probablemente con menor intensidad.<sup>68</sup> La constitucionalización es particularmente intensa cuando el orden jurídico prevé el recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia. Especialmente debido a la posibilidad de interponer un recurso individual de conformidad con el artículo 34 del CEDH incluso contra sentencias judiciales, desde finales de la década de los noventa estas tendencias están siendo agrupadas dentro de un marco común bajo la influencia del CEDH.<sup>69</sup>

La constitucionalización no pocas veces está en el origen de graves conflictos, como lo simboliza el escándalo suscitado entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en España.<sup>70</sup> La discusión sobre la constitucionalización viene impulsada por los más diversos motivos, que van desde intereses particulares de la disciplina y de las instituciones hasta concepciones divergentes de la justicia y el orden.

Otro factor de impulso en la expansión del derecho constitucional como *Leitwissenschaft*, esto es, como referente teórico de toda la ciencia del derecho, es su papel en la formación de la identidad del futuro colectivo de juristas. El papel forjador de identidad de la Constitución incluso

<sup>68</sup> Fioravanti, IPE, § 31, nota marginal 64; Heuschling, IPE, § 28, notas marginales 27, 32; Lipowicz, IPE, § 34, nota marginal 66.

<sup>69</sup> Walter, C., “Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß”, *ZaöRV*, 59, 1999, p. 961.

<sup>70</sup> Medina Guerrero, IPE, § 11, nota marginal 37, para el caso de Polonia véase Tuleja, IPE, § 8, notas marginales 42 y s., 57.

puede concebirse para una sociedad entera, de manera que la Constitución adquiere una función en la cohesión de la sociedad.<sup>71</sup> Es mucho lo que se ha publicado acerca del papel determinante de la Constitución y las vías de su realización. Durante las últimas décadas esta dimensión ha sido fortalecida por dos desarrollos: la pluralización de las sociedades, entendida frecuentemente como perjudicial para los mecanismos de integración tradicionales, y el entendimiento de los principios constitucionales como expresión de los valores de la sociedad, lo cual implica un arraigo en las convicciones éticas de los ciudadanos.

Desde ambas perspectivas la disciplina del derecho constitucional puede aparecer como la ciencia de los fundamentos normativos de la sociedad. De aquí hay sólo un corto paso hasta la idea de la Constitución como proyecto social general y como concepción de una conducción correcta de la vida, como objeto de un patriotismo constitucional y hasta de una religión civil. En la misma medida aumenta la importancia y la auto-comprensión de la ciencia del derecho constitucional. En la ciencia del derecho constitucional, pero también en la política y la sociedad, existe la idea generalizada de que no funciona la integración social solamente por el mercado, organizada a través del derecho civil, y ello sólo puede tener lugar sobre la base de una comunidad promovida a través del derecho constitucional. Análogamente las distintas disciplinas jurídicas se hallan dentro de un marco creado o administrado por la ciencia del derecho constitucional.

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL

#### 1. *Acerca de la estructura interna de la disciplina*

##### *A. Niveles de autonomía de la disciplina*

La autonomía del derecho constitucional frente a las otras disciplinas del derecho público se puede basar en la supremacía del derecho constitucional frente al resto del derecho público. Esta regla se confirma con la excepción británica: en razón de la carencia de una posición jerárquica

<sup>71</sup> Lipowicz, IPE, § 34, nota marginal 6; Somek, IPE, § 33, notas marginales 3, 43.

superior del derecho constitucional, los contornos de la disciplina con el resto del derecho público son vagos.<sup>72</sup>

Aunque en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental existen prácticamente idénticas condiciones para la autonomía de la disciplina en función de su superioridad normativa, el grado de autonomía dentro del derecho público muestra diferentes niveles. En algunos países, particularmente en Alemania, la relación entre el derecho constitucional y el derecho de Estado sirvió como objeto de un intenso debate. Ello se puede explicar como la expresión de un compromiso del siglo XIX: la lucha entre los partidarios de la soberanía popular y los partidarios de la soberanía del monarca encontró un compromiso en la atribución de la soberanía al Estado. El Estado como concepto básico conduce a la denominación *Staatsrecht*. Además, la denominación derecho constitucional era muy poco atractiva para ambas partes: para el monarca, ya que pueden subrayar sus limitaciones; y para los liberales, ya que las Constituciones carecen de plena legitimidad, siendo la mayoría otorgadas por los monarcas. Hoy en día, esta diferenciación es primordialmente semántica.

De mayor complejidad es la relación del derecho constitucional con el derecho administrativo. Algunas tradiciones jurídicas optan por la especialización, mientras otras manifiestan la expectativa que las cuestiones jurídico-constitucionales deben ser analizadas en el contexto amplio de los fenómenos del poder público. Conforme a ello en algunas tradiciones (como la holandesa, italiana o la húngara) se separan las cátedras de derecho constitucional y derecho administrativo,<sup>73</sup> en otras (como la germana), se unifican las materias y se espera que la investigación y la docencia corresponda a ello,<sup>74</sup> en el Reino Unido incluso está conectado con el derecho penal y la responsabilidad civil extracontractual.<sup>75</sup>

Tan diferente como la autonomía de estas disciplinas lo es también su prestigio. En la relación del derecho constitucional con el derecho administrativo, el Reino Unido y Francia constituyen los puntos extremos: en el Reino Unido el derecho constitucional de Dicey, escrito en contra de un derecho especial del Estado (en el sentido del *droit administratif*), im-

<sup>72</sup> Tomkins, IPE, § 30 nota marginal 23, 26.

<sup>73</sup> Por todos, Jakab, IPE, § 38, nota marginal 54; Nehmelman, IPE, § 32, nota marginal 33.

<sup>74</sup> Pauly, IPE, § 27, nota marginal 18.

<sup>75</sup> Tomkins, IPE, § 30, nota marginal 47.

pidió el desarrollo de la especialidad autónoma “derecho administrativo” por más de medio siglo. Contrariamente en Francia y quizás también en Suecia, el derecho administrativo permanece hasta hoy como la reina de las disciplinas del derecho público, lo que en última instancia podría estar fundamentado en la preponderancia del *Conseil d'Etat* frente al *Conseil constitutionnel*. Si se considera que el Reino Unido y Francia han tenido un desarrollo social y político comparable como Estados nacionales unitarios en la Europa del Oeste durante la primera mitad del siglo XX, se puede señalar que la relación entre el desarrollo de la disciplina y las grandes corrientes históricas está sujeta a contingencias.

Aunque existen significativas diferencias en cuanto al horizonte, la organización y la autodefinición, desde la perspectiva de un discurso europeo del derecho constitucional se puede constatar que ninguna doctrina nacional presume o afirma una autonomía en razón de un método específico.<sup>76</sup> Es únicamente en el derecho constitucional británico donde se afirma que el derecho sólo se concibe en relación con la práctica, con independencia de los métodos jurídicos tradicionales,<sup>77</sup> hecho que puede explicar la importancia permanente del estudio político de Bagehot. Los otros ordenamientos jurídicos dejan fuera de duda que, en el contexto jurídico-constitucional, juegan un papel relevante los principios y las valoraciones; sin embargo, ello no implica una separación metódica con el resto del derecho público. Se debe en particular al “positivismo de la jurisprudencia constitucional” que el derecho constitucional, caracterizado por la tendencia a la ponderación, haya sido tratado en el horizonte de la “metodología jurídica positivista”. En el pensamiento constitucional europeo contemporáneo no pueden mantenerse las concepciones que sitúan el derecho constitucional como un derecho político con menor normatividad categórica, con la excepción del sistema británico.

### B. *La diversidad interna de la disciplina*

Una ciencia unívoca es una ciencia monosilábica, una ciencia constitucional monolítica deviene fácilmente ideología: así resulta de la experiencia de la ciencia constitucional durante el socialismo o el nacionalso-

<sup>76</sup> Véase Biaggini, IPE, § 10, nota marginal 28.

<sup>77</sup> Loughlin, IPE, § 4, nota marginal 4, 66.

cialismo. La diversidad de opiniones es un elemento constitutivo de su cientificidad y de su productividad.

La pluralidad actual de las ciencias constitucionales europeas se proyecta en primer lugar sobre las cuestiones concretas, haciéndose visible en las docenas, o quizás centenas, de debates paralelos sobre los diversos complejos de normas del derecho constitucional. Sólo muy pocas doctrinas nacionales discuten o siguen una línea teórica tematizada en el sentido de un acercamiento metodológico específico o de un bosquejo conceptual general del objeto de investigación; esta carencia dificulta mucho una estructuración del área de investigación fuera de cada tema en concreto. La ciencia jurídica también puede operar de manera diferente, es decir, explícitamente referida a algunas teorías, como lo muestra la investigación en los Estados Unidos. Allá se espera, muy en particular, que las élites de la investigación partan de un paradigma de estudio de carácter explícitamente teórico, como por ejemplo en el análisis económico del derecho, del *legal realism*, los *originalists*, de la *cultural theory of law* o de los *critical legal studies*.<sup>78</sup>

En Europa, por el contrario, domina una concepción de la ciencia jurídica en un sentido práctico de ciencia dogmática, esto es, con la finalidad de crear y garantizar la transparencia y coherencia en el derecho. Debido a la amplia difusión del “método jurídico positivista” (constructivismo dogmático) existe —en contra de cuanto se ha afirmado acerca de una anarquía metodológica—<sup>79</sup> una unidad de método, en el sentido de un conjunto de enfoques establecidos y modelos de argumentación. Ello permite disponer, en el núcleo dogmático de la disciplina, de una multiplicidad de voces orientadas al problema en cuestión y a desarrollar un diálogo dirigido a la solución del problema, sin debate previo acerca de las divergencias metodológicas. De esta manera se hace más tangible el papel del “método jurídico positivista”, ya que éste no produce un resultado obligatorio, sino la comunicación de una presunción jurídica conjuntamente con su marco argumentativo. Esto de ninguna manera es trivial, como lo demuestran otras ciencias. La abstinencia teórica sirve a los

<sup>78</sup> Para una visión panorámica sobre las diferentes teorías constitucionales en los Estados Unidos Garvey y Aleinikoff (eds.), *Modern Constitutional Theory. A Reader*, 4, 1999.

<sup>79</sup> Böckenförde, E.-W., “Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft”, en *id.* (ed.), *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, pp. 12, 28.

objetivos dominantes de la ciencia, pero hace más difícil la categorización del paisaje discursivo con su multiplicidad de voces así como el diálogo transfronterizo como se mostrará más abajo.

Aunque hoy prácticamente no se califica al derecho constitucional como derecho político, sin embargo, no se cuestiona que el derecho constitucional tiene por objeto en primera línea la actuación de las instituciones políticas y con ello de sus gobernantes. Inevitablemente el derecho constitucional cae, especialmente en las democracias liberales, en el terreno de la confrontación política: para los gobernantes como instrumento del ejercicio del poder y para la oposición como instrumento de resistencia. Esto no es indiferente a la ciencia: muchos de los más destacados constitucionalistas son ubicados de una u otra manera dentro de las corrientes políticas de su país. Existe una correspondencia llamativa entre la posición política y los resultados científicos, con notorias excepciones de las posiciones frente a los asuntos jurídico-constitucionales fundamentales de la Unión Europea. La orientación política es, sin embargo, por lo general, sólo objeto de conversación privada (y quizás también de ciertas decisiones), pero raramente constituye un criterio de sistematización científica en el sentido de clasificar las posiciones jurídico-constitucionales según el esquema derecha/izquierda.<sup>80</sup>

Una clasificación *a grosso modo* del trabajo académico constitucional, en sentido de una orientación trascendental, permite su asignación a dos polos: uno agrupa los trabajos que se centran más bien estrictamente en las fuentes y que tienden a argumentar de manera inductiva a partir de ese material, el otro polo reúne a los que siguen un pensamiento de grandes líneas, a menudo basado en principios generales. Ya en el siglo XVIII se encuentran en la ciencia del derecho público alemán, de un lado, la llamada *Reichspublizistik*, estrechamente unida a la materia jurídica positiva; de otro lado, las escuelas *jusnaturalistas*, de argumentación deductiva con base en principios generales. En Francia se observan, por una parte, la escuela del “positivismo de la jurisprudencia constitucional” de Louis Favoreu y, por otra parte, los vastos enfoques inspirados en las ciencias humanísticas, como en Stéphane Rials o en los “germanistas”.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Sobre la relevancia permanente de esta clasificación en el ámbito político Bobbio, N., *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, 2, 1995, pp. 63 y ss.

<sup>81</sup> Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 35 f.

Estas posturas básicas no pueden calificarse como políticas, ni antes ni ahora: tanto el método deductivo como el inductivo pueden servir para una adhesión de las aspiraciones del poder público establecido así como para soportar las demandas de la oposición. Adicionalmente puede comprobarse que las posiciones descritas como etapas del desarrollo son todavía paradigmas de investigación en la mayoría de los ordenamientos jurídicos: por ejemplo, la polémica sobre los métodos correctos y lo *proprium* del trabajo científico jurídico-constitucional, o sobre el sentido y los modos de incluir teoría y realidad, o sobre las tendencias del derecho constitucional como disciplina reina. Por lo demás, el estado de la discusión es sumamente heterogéneo. La diversidad de las culturas constitucionales europeas se manifiesta en escenarios de discusión poco compatibles. Se puede constatar un progreso, pues ya no se forman campos definidos por las fronteras nacionales: el rechazo de Dicey hacia el derecho administrativo como disciplina “francesa” parece tan anticuado como la confrontación germano-francesa de comienzos del siglo XX.

## 2. *La infraestructura de la disciplina*

La unidad institucional fundamental sobre la cual se apoya la ciencia del derecho constitucional es la universidad, particularmente la *universidad pública*.<sup>82</sup> La primacía universitaria, a diferencia de lo ocurrido en otras ciencias, no está fraccionada, lo cual concuerda con la estrecha relación entre la investigación y la docencia en las ciencias jurídicas. Cuando otros escritos, especialmente artículos provenientes de jueces, ocasionalmente adquieren gran importancia en el discurso académico, ello obedece no tanto al propio contenido innovador como a la autoridad de quien está detrás de esa concepción científica. Los avances del derecho constitucional, al menos los que se han establecido en el discurso académico, son desarrollados en las *universidades*. Los avances en el derecho constitucional dependen menos de la experiencia práctica que en el derecho administrativo.

<sup>82</sup> Incluso en los países que tienen universidades privadas, la preservación del derecho constitucional permanece sobre todo en las universidades públicas. Ni los Bocconi ni los Luiss en Italia, Bucerius en Alemania o una de las universidades privadas españolas han llegado a tener hasta ahora un perfil especial en este campo.

Si las instituciones estatales son la base para el establecimiento de la ciencia jurídico-constitucional, no son, sin embargo, las únicas. Una parte de la autoorganización científica está personificada por las Asociaciones de Profesores de la especialidad, cuyo grado de organización es extremadamente divergente. Cuando faltan, como en Hungría, esto puede ser un indicio de la escasa fuerza organizativa de la sociedad civil. Al parecer, es especialmente alto el grado de organización de la Asociación de Profesores Alemanes del Derecho del Estado, fundada en 1922. Juega un papel decisivo y abarca prácticamente a todos los representantes de la disciplina; su congreso anual ofrece un foro de discusión científica muy singular. En Europa no se vislumbra una asociación de especialistas con el mismo grado de organización y comparable poder temático. En otros países, las asociaciones científicas privadas a veces prefieren organizar los enfoques y escuelas académicos que compiten en este ámbito.

Tal como las universidades estatales configuran la base institucional de la investigación jurídico-constitucional, los profesores representan el fundamento personal. Aunque en este punto central existe una semejanza europea, se observa una gran diversidad en relación a los requisitos y la carrera de profesor de derecho constitucional. La tesis doctoral no es en todos los países un requisito obligatorio, como se observa en el Reino Unido. Por el contrario, la exigencia de una segunda tesis en la forma de habilitación para ser profesor se encuentra sólo en Alemania, Austria, Polonia y Hungría. Mecanismos descentralizados de cualificación como en Alemania contrastan con los procedimientos centralizados, como en Francia con los *concours d'agrégation*.<sup>83</sup> Otro rasgo diferenciador: la dotación institucional de un profesor va desde una cátedra propia con personal de apoyo, como en Alemania, hasta los casos de cátedras que reúnen institucionalmente varios profesores, como en Hungría.<sup>84</sup> No puede dejar de mencionarse el aspecto de la remuneración: en ciertos sistemas académicos la remuneración de un profesor universitario en comparación con otros juristas con similar calificación parece muy escasa, lo que origina que con frecuencia se prefieran actividades paralelas más lucrativas que la investigación.

En última instancia, detrás de la figura del profesor de derecho constitucional se esconden realidades profesionales sensiblemente diferentes.

<sup>83</sup> Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 30.

<sup>84</sup> Jakab, IPE, § 38, nota marginal 55.

Estas realidades influyen el prestigio social de la profesión y con ello indirectamente de esta disciplina. La presunción de que en Alemania el profesor, en Inglaterra el juez y en Francia el legislador, están en el centro del ordenamiento jurídico<sup>85</sup> parece exagerada,<sup>86</sup> pero apuntan acertadamente a ciertas diferencias reales en la propia percepción y autodefinition, en el estilo de trabajo y en el alcance de su respectiva influencia.

### 3. *La disciplina y los tribunales de justicia*

En Europa se encuentran realidades muy distintas en cuanto a la relevancia y reconocimiento que la práctica constitucional da a las afirmaciones hechas desde la propia doctrina constitucional. Desde un punto de vista científico, una interacción frecuentemente tiene lugar a través de la cita y discusión abierta en las decisiones judiciales. En este sentido es de destacar la amplia cita de la literatura especializada que hace el Tribunal Constitucional alemán. Esta práctica de “citar” tiene un enorme efecto en la orientación del trabajo científico: el incremento de la reputación que se gana con estas citas, estimula a ciertos autores a escribir para coadyuvar potencialmente a la solución de problemas actuales en la práctica judicial, lo que a su vez fortalece la orientación pragmática de la disciplina. En cambio, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no se acostumbra a citar autores en las sentencias.

Otra forma intensiva de diálogo entre la teoría y la práctica se lleva a cabo cuando los profesores, como asesores jurídicos, representan a los partidos políticos ante los Tribunales Constitucionales. Incluso también en el sistema jurídico británico, donde los profesores de derecho, sólo limitadamente, pueden actuar en el ámbito forense, se aprecian formas de interacción entre la magistratura y la ciencia.

Otro tipo de interacción entre lo académico y lo práctico se constata en el vínculo personal, mediante el nombramiento de un constitucionalista en un cargo de juez. En muchas tradiciones constitucionales esto significa la coronación de una carrera científica. Las respectivas tradiciones

<sup>85</sup> Van Caenegem, R. C., *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, 1987, pp. 67 y ss.

<sup>86</sup> Acerca de la problemática de esta afirmación para el derecho público francés, Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 40, para el derecho público alemán véase Pauly, IPE, § 27, nota marginal 16.

en Europa son sumamente diferentes: mientras algunos Tribunales Constitucionales como el alemán, el italiano, el polaco o el español, ostentan marcados rasgos académicos, en otros ordenamientos jurídicos como el francés es muy esporádico o incluso inusual, como en el británico.<sup>87</sup> Probablemente, estas diversas prácticas podrían obedecer al desigual prestigio social del derecho constitucional y de sus catedráticos.

#### 4. *La enseñanza del derecho constitucional: la ética de los juristas*

La mayor o menor enseñanza del derecho constitucional cualifica la respectiva investigación jurídico-constitucional. Eso se puede ilustrar con el diverso grado de desarrollo del derecho constitucional comparado: los países en los cuales esta materia forma parte del plan de estudios cuentan con un campo de investigación más desarrollado que aquéllos en los que tales cátedras no están previstas por regla general. Si una materia está institucionalizada como asignatura, eso dirige la producción jurídica de los profesores hacia los textos de formación. De este modo surgen los grandes manuales y con ellos los textos básicos de la disciplina.

La carga docente atribuida al derecho constitucional revela el peso relativo de esta disciplina en comparación con las demás materias de las ciencias jurídicas. La porción del derecho constitucional en la formación jurídica muestra el papel que se le atribuye a esta rama del derecho en la socialización profesional, en la creación de una ética.

La importancia del derecho constitucional en el programa de enseñanza no puede ser comprendida solamente desde su importancia práctica profesional: sólo en raros casos una argumentación basada en la Constitución puede orientar una decisión, si no se quiere socavar la seguridad jurídica de manera inaceptable. Por ello la extensión del derecho constitucional en la formación jurídica se explica también a través de su papel como materia básica, la cual debe marcar tanto la autodefinición como la ética de las futuras generaciones de juristas. Ante las tendencias sustancialmente pluralistas y la apertura social de las profesiones jurídicas, la formación del derecho asume las tareas de socialización centradas en la Constitución. Con ello se corresponden narraciones del derecho que presentan la Constitución respectiva como punto culminante del desarro-

<sup>87</sup> Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 42; Tomkins, IPE, § 30, nota marginal 27.

llo nacional. Aquí cabe igualmente la observación que el derecho constitucional se enseña con el aura tradicional de su importancia para el Estado; en general, la enseñanza tiene una función legitimadora y su tarea consiste en transmitir un horizonte de valores comunes. Ello conduciría a concluir que una europeización de los juristas exige una cátedra de principios constitucionales comunes. Una modificación de la materia en estos términos no constituye el único reto para la europeización.

#### IV. EUROPEIZACIÓN DENTRO DEL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO

##### 1. *Diagnósticos: crisis y oportunidad*

Existe un amplio consenso acerca de que la apertura de los órdenes jurídicos nacionales al derecho supranacional, en particular al derecho de la Unión Europea, y quizá también al del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), ha iniciado un proceso de transformación del derecho constitucional nacional, así como de su propia ciencia. Muchos consideran que el derecho constitucional nacional ha entrado, de modo general, en una nueva fase.<sup>88</sup>

Esta transformación es, por un lado, de naturaleza temática, en el sentido de que nuevas instituciones del derecho constitucional, como las cláusulas de integración por ejemplo, llegan a captar la atención de la ciencia del derecho constitucional, o en el sentido de que doctrinas tradicionales como las relativas a la soberanía o la democracia son repensadas a la luz de las exigencias y estructuras del derecho europeo. Por otro lado, y ahí radica su cualidad especial, la transformación tiene carácter estructural: así, la materia se desprende de la fijación a una determinada fuente jurídica, encuentra nuevas perspectivas de análisis,<sup>89</sup> el derecho comparado adquiere mayor relevancia, se desarrolla un nuevo nivel europeo de intercambio científico institucionalizado, de carreras, reputación y publicación, en el horizonte se vislumbra un espacio científico europeo de la ciencia del derecho constitucional.

<sup>88</sup> Modéer, IPE, § 35, nota marginal 24; Nehmelman, IPE, § 32, nota marginal 42; Pauly, IPE, § 27, nota marginal 23.

<sup>89</sup> Paradigmático Besselink, IPE, § 6, nota marginal 6, entre otros. El autor desdobra el derecho constitucional de los Países Bajos desde una perspectiva supranacional.

Tan segura como resulta la percepción de la transformación, son inciertos los diagnósticos acerca de qué es lo que específicamente está cambiando, las recomendaciones acerca de cómo se debe reaccionar, los pronósticos sobre la forma en la cual la materia se podría estabilizar nuevamente en el espacio jurídico europeo. Se vislumbran cambios en los estilos científicos, en las “culturas de atención” (*Aufmerksamkeitskulturen*), en las formas de organización del ámbito científico, en los medios, las formas de reputación, las sendas de las carreras profesionales, y no por último de las lealtades así como de las identidades científicas, políticas, sociales. El espacio jurídico europeo, cuyas dimensiones jurídico-científicas hasta ahora sólo han sido esbozadas vagamente, alienta la formación de teoría constitucional y fortalece el carácter interdisciplinario.<sup>90</sup>

En vista del efecto uniforme<sup>91</sup> del derecho de la Unión Europea en los órdenes constitucionales de los países miembros, cabe esperar que sea en este ámbito donde exista mayor posibilidad de observar tendencias europeizantes comparables en las ciencias del derecho constitucional. En las descripciones nacionales existe una coincidencia acerca del desafío que tiene ante sí la ciencia del derecho constitucional, y en todas partes el derecho de la Unión Europea forma parte del temario universitario obligatorio, en la mayoría de los casos tanto en una clase introductoria especial como integrado en las diversas materias jurídicas. Quedaría para más adelante la tarea de llevar a cabo estudio más detallado, y determinar si esa formación está orientada a promover una identidad europea del futuro colectivo de juristas.

Muchas ciencias del derecho constitucional no se limitan a observar los desarrollos en curso. De ellas más bien provienen voces importantes que critican, frenan o pretenden desviar el proceso de europeización. Ello se corresponde tanto con su función social de criticar la actualidad como con la de su naturaleza práctica. Con frecuencia han sido las categorías constitucionales las que proporcionaron la base conceptual al debate público sobre los pasos de la integración política. En algunos países fue el derecho constitucional, configurado a través de los aportes científicos, el que hizo posible la formación de una resistencia que no había encontrado eco en el sistema político establecido. Este papel, en una democra-

<sup>90</sup> Fioravanti, IPE, § 31, nota marginal 60; Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 53.

<sup>91</sup> Con relación a las limitaciones de la vigencia uniforme del derecho de la Unión Europea en los órdenes jurídicos nacionales, véase IPE, parte II.

cia pluralista, confirma la utilidad pública de esta ciencia y con ello sirve para su legitimidad funcional.

Mayor diversidad que la que se da como consecuencia de la adhesión a la Unión Europea, es la que se produce como consecuencia del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH). Las causas principales son, por una parte, el que las garantías del CEDH en algunos Estados cumplen funciones que en otros Estados son ejercidas por los derechos fundamentales de su propia Constitución; y por la otra, el que el status jurídico del CEDH difiere entre las distintas Constituciones nacionales: al contrario de lo que ocurre en el derecho de la Unión, el CEDH no determina su status en el derecho interno, por lo que su papel en la investigación y en la docencia es bastante heterogéneo.

En Alemania se le ha hecho difícil al CEDH encontrar espacio en la organización docente, quedando prácticamente al margen de la educación obligatoria en derecho. Sin embargo, ésta es una excepción: en la mayoría de los países, la inclusión del CEDH está establecida en la dogmática del derecho constitucional referida a los derechos fundamentales nacionales. Esto es particularmente válido en aquellos casos en los que las garantías del CEDH cumplen sustantivamente el papel de derechos fundamentales constitucionales: su estudio entonces no está reservado a la ciencia del derecho internacional público, sino que se convierte en objeto central de la ciencia del derecho constitucional.<sup>92</sup>

Desde la perspectiva del espacio europeo del conocimiento cabe plantearse si las garantías del CEDH, la jurisprudencia que las desarrolla, ya sea la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la de los tribunales nacionales, y la ciencia del derecho a la que hacen referencia, se convertirán en la *lingua franca* del discurso sobre los derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo. Esto sitúa a las dogmáticas constitucionales, que hasta ahora habían transitado otros caminos, ante la decisión trascendental de seguir su propia ruta, continuando con su identidad específica, o unirse al bagaje europeo a fin de asegurarse su conexidad europea. Dada la centralidad de los derechos fundamentales, esta decisión atañe a todo el entramado del derecho constitucional, incluso al orden jurídico como un todo.

<sup>92</sup> Nehmelman, IPE, § 32, nota marginal 39; Somek, IPE, § 33 nota marginal 33; Tomkins, IPE, § 30, nota marginal 54.

El papel del derecho comparado en las distintas ciencias del derecho constitucional es al menos tan diverso como el del CEDH. En el derecho constitucional alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial algunas relevantes obras contienen referencias al derecho de los Estados Unidos de América. Por lo demás, hasta el umbral de la década de los noventa, el derecho comparado institucionalizado se ocupó principalmente del derecho de los Estados socialistas; por razones obvias no podía desempeñar función alguna en el desarrollo del derecho constitucional alemán. La escasa influencia del derecho comparado quizá también se deba en parte a la idea formulada a veces, según la cual el derecho constitucional alemán es el mejor del mundo: en ese caso, es poco lo que se puede aprender del extranjero. No es casualidad que es sólo en 2005 cuando se publica un texto de estudio en idioma alemán sobre derecho comparado y ella de autoría austriaca.<sup>93</sup> En el Reino Unido la situación es similar, pues los dos textos fundamentales califican al derecho constitucional británico como el mejor del mundo: Bagehot mirando a la Constitución de los Estados Unidos, Dicey con miras al derecho público francés. También en Suecia la ciencia del derecho constitucional se mantiene cautivada por la Constitución nacional hasta el umbral del acceso a la Unión Europea.

La situación cambió desde principios de la década de los noventa. En la “segunda fase” del derecho público en Alemania, el derecho constitucional comparado intra-europeo ha adquirido mayor peso. En el Reino Unido el derecho comparado también gana importancia, aunque no tanto con orientación europea como hacia los Estados angloparlantes del *Common Law*. La incorporación de Suecia a la Unión Europea llevó incluso a una orientación nueva e internacional del derecho del Estado sueco, tanto en el aspecto objetivo (por ejemplo a través de una nueva acentuación de la separación de poderes) como en aspectos formales, entre ellos el incremento de publicaciones en idioma inglés.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Wieser, B., *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2005. Esto también puede estar relacionado con el hecho de que en otros órdenes jurídicos existe una materia *comparative law*, *droit comparé*, *diritto costituzionale comparato*, mientras que el concepto alemán de derecho comparado que está más relacionado con la actividad, no sugiere tanto un establecimiento de la disciplina con un manual de estudio propio, Gutteridge, H. C., *Comparative Law*, 1949, p. 17.

<sup>94</sup> Modéer, IPE, § 35, nota marginal 38.

En la mayoría de los demás países, el derecho comparado juega ya desde hace tiempo un papel significativo en el interior mismo de la ciencia del derecho constitucional nacional, siendo un elemento esencial de todo buen trabajo constitucional.<sup>95</sup> Tanto para el derecho público griego como para el polaco, el derecho comparado es constitutivo desde principios del siglo XIX, por lo que la materia reviste gran importancia.<sup>96</sup> En Francia está surgiendo una nueva ciencia del derecho constitucional con un componente de derecho comparado constitutivo; ello facilitó el distanciamiento de la tradición de pensamiento jurídico-administrativa predominante.<sup>97</sup> Por lo tanto, nace una época del derecho comparado en el espacio jurídico europeo, lo cual nos sitúa en los pronósticos.

## 2. Pronósticos: perspectivas de un *ius publicum europaeum*

Los diagnósticos precedentes permiten pronosticar que el derecho constitucional comparado ganará importancia en el ámbito jurídico europeo, y lo hará como parte integral del trabajo científico en el derecho constitucional.<sup>98</sup> La cuestión acerca de si ello dará lugar a un derecho público común, un *ius publicum europaeum*, resulta más difícil de responder.

Cabe pronosticar que los órdenes constitucionales en la Unión Europea no se fusionarán para formar un sistema uniforme, sino que procesarán las influencias europeas según el desarrollo que cada uno ha tenido hasta ahora, conservando una forma propia; sin embargo, esto no excluye un *ius publicum europaeum* que, de acuerdo con el doble significado del término, exige por una parte un derecho constitucional común y por la otra una ciencia jurídica integrada.

El propio término histórico *ius publicum europaeum* ya define tanto a una ciencia común como a la esfera jurídica que estuvo conformada por

<sup>95</sup> Lipowicz, IPE, § 34, nota marginal 71, 84; Jakab, IPE, § 38, nota marginal 66; Pilafas, IPE, § 29 nota marginal 9.

<sup>96</sup> Lipowicz, *idem*; Pilafas, IPE, § 29, notas marginales 9, 30, 49.

<sup>97</sup> Heuschling, IPE, § 28, notas marginales 27, 52.

<sup>98</sup> Véase Strebel, H., "Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht", *ZaöRV*, 24, 1964, pp. 405, 406; Münch, F., "Einführung in die Verfassungsvergleichung", *ZaöRV*, 33, 1973, p. 126; acerca de la interrogante sobre si el derecho comparado constituye una materia por sí mismo véase *Constantinesco, Rechtsvergleichung*, t. I, 1971, pp. 217 y ss.

diversos componentes, sobre todo del derecho del Sacro Imperio alemán, de los derechos de los territorios así como de un estrato normativo que hoy podría ser calificado como supranacional y de derecho público internacional.<sup>99</sup> En este aspecto, existen notables paralelismos respecto de la situación jurídica actual en el espacio jurídico europeo, por lo que la conexión con el concepto parece útil.<sup>100</sup> El espacio jurídico está constituido por el complejo jurídico material del derecho de la Unión Europea, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de los derechos públicos nacionales. Visto así, ya existe un *ius publicum europaeum*.

En la ciencia jurídica la situación es distinta. El *ius publicum europaeum* histórico se caracterizaba por la existencia de una cultura científica integrada que incorporaba las diversas concepciones jurídicas. En el siglo XIX se daba en Alemania incluso una ciencia del derecho público sin fundamento jurídico-estatal,<sup>101</sup> en cierta forma comparable con la ciencia jurídica polaca en el siglo XIX.<sup>102</sup> Hoy en día la situación es diametralmente opuesta. Con el derecho de la Unión Europea y el del Convenio Europeo de los Derechos Humanos existen dos densas esferas jurídicas comunes de derecho público con naturaleza constitucional, pero que no están acompañadas por una ciencia jurídica europea de igual densidad. Las ciencias jurídicas constitucionales en Europa aún están muy lejos de una ciencia jurídica constitucional *común*. En las diferencias se pone de manifiesto la diversidad de los estilos y culturas científicas nacionales.<sup>103</sup> Ello prueba que en la actualidad el *ius publicum europaeum*,

<sup>99</sup> Más detalles en Stolleis, M., *Nationalität und Internationalität Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts*, 1998, pp. 20 y s.

<sup>100</sup> El concepto del *ius publicum europaeum* debe ser liberado de su estrecha concepción schmittiana, sólo compare en Schmitt, C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950; Portinaro, P. P., *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, 1982, pp. 11 y pasajes. Para su fundamentación sólo compare en Hagemeyer, J., *Iuris publici Europaei*, t. 1: *De trium Regnorum septentrionalium Daniae, Norwegiae et Sveciae statu*, 1677, t. 2: *De statu Galliae*, 1678, t. 3: *De statu Angliae, Scotiae et Hiberniae*, 1678, t. 4: *De statu Imperii Germanici*, 1678, t. 5: *De statu provinciarum Belgicarum*, 1679, t. 6: *De statu Italiae*, 1680, t. 7: *De statu regnorum Hungariae et Bohemiae*, 1680, t. 8: *De statu regni Poloniae et imperii Moscovitici*, 1680.

<sup>101</sup> Respecto al derecho del Estado general alemán véase Stolleis, *op. cit.*, nota 15, pp. 20 y s.; *id.*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, 1992, pp. 322 y ss.

<sup>102</sup> Lipowicz, IPE, § 34, nota marginal 10 y ss.

<sup>103</sup> Según un lugar común usado por los franceses, el estilo francés es elegante y bien ordenado, el alemán oscuro y abstracto, el inglés empírico y concretista, *cfr.* Heuschling, IPE, § 28, nota marginal 45 y s.

en el sentido de un denso tejido europeo de discusión y recepción, sólo se da en ciernes.

¿Debería existir una ciencia tal? Considerando la autoconcepción de la disciplina, la respuesta sólo puede ser afirmativa. Un desarrollo de la disciplina en este sentido no será sólo en razón de su propio interés: las doctrinas nacionales muestran la estrecha conexión entre una ciencia del derecho constitucional viva y una democracia viva.

¿Cómo podría ser una ciencia de este tipo? Muy probablemente se llegará a una mayor diferenciación del ámbito investigativo. Las ciencias jurídicas referidas principalmente al del derecho público nacional no se verían anuladas sino potenciadas durante ese proceso. De hecho, ni siquiera parece haber certeza de que una investigación conveniente para la reputación y la carrera del constitucionalista siempre sea aquella que conduzca al *ius publicum europaeum*; no se debe subestimar la fuerza y vigencia de los sistemas nacionales.

En lo que respecta a las estructuras de la ciencia del *ius publicum europaeum* cabe esperar que los conocimientos de sus representantes sean fragmentarios y heterogéneos: nadie podrá tener una visión general de la situación jurídica y la producción científica en el espacio jurídico europeo de la misma manera que en un ámbito jurídico nacional. Al mismo tiempo, un *ius publicum europaeum* exigirá mucho más que la ocasional “irritación” de la producción científica nacional (entendida en el sentido de la teoría de sistemas). Del mismo modo, la aprobación final de una ciencia europea común (una especie de prueba del ácido), no debería ser el surgimiento de instituciones dogmáticas comunes. Tal como nos muestra la actividad investigadora estadounidense, que abarca 51 órdenes jurídicos diferentes, parece posible enfrentar la heterogeneidad del material jurídico con el reforzamiento del componente teórico. Esto, por una parte, podría conducir a un recurso más intenso a los iusfilósofos (desde Aristóteles y Hobbes hasta Habermas y MacCormick), que ya son considerados como bienes comunes del dominio público europeo, por la otra parte, podría conducir a la formación de comunidades discursivas transnacionales jurídico-teóricas dispares. Sin embargo, el fuerte componente doctrinario de la mayoría de las tradiciones constitucionales en Europa hace poco probable una sustitución general de la doctrina por una teoría jurídico-práctica. La mentalidad de un abogado formado en la tradición dogmática es muy diferente a la de un abogado que considera que

las doctrinas son más o menos ficticias. En consecuencia, las diversas doctrinas podrían evolucionar ampliando el componente comparativo. Un discurso doctrinal comparado en Europea puede revelar argumentos jurídicos que son de uso general cuando se configura un derecho constitucional bajo distintas Constituciones. El desarrollo de la formación universitaria de los juristas, cuya europeización en el sentido de un *ius publicum europaeum* hasta ahora apenas ha dado sus primeros pasos, será de una importancia fundamental para el esperable desarrollo ulterior.

¿Tendrá éxito el proyecto de un *ius publicum europaeum*? El camino es largo y tortuoso: la cuestión de los idiomas, la complejidad del contexto de las investigaciones así como de las publicaciones, es decir, la diversidad del espacio científico y jurídico europeo. Sin embargo, a la vista de la carrera de éxitos de la ciencia del derecho constitucional, que en menos de un siglo pasó de ser una materia más bien periférica a ocupar una posición central y, en algunos casos, llegó a convertirse en la disciplina reina, en tal caso cabe pronosticar, a la luz de este legado, que el derecho constitucional se reposicionará con éxito en el espacio jurídico europeo, esto es, justamente como parte esencial del *ius publicum europaeum*, basado pero no limitado al constructivismo dogmático, con un carácter particularmente marcado por el derecho comparado. Es muy probable que tal comparación dentro del espacio jurídico europeo desarrolle muchas especificidades, dado su contexto particular, especialmente si se le contrapone con el constitucionalismo comparado a nivel global.