

UWE VOLKMANN

**ELEMENTOS
DE UNA TEORÍA
DE LA CONSTITUCIÓN
ALEMANA**

Traducción y epílogo
sobre una teoría de la Constitución española
de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR	15
BIBLIOGRAFÍA (SELECCIÓN)	17
SIGLAS DE REVISTAS	23
CAPÍTULO I. LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN	25
CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN	31
1. Diferenciación por el tipo de eficacia	33
1.1. Constitución fáctica.....	33
1.2. Constitución jurídica.....	33
1.3. Tipo determinante	34
2. Diferenciación por la singularidad respecto de las demás normas jurídicas	35
2.1. Constitución formal.....	36
2.2. Constitución material.....	37
2.3. Tipo determinante	38
3. Diferenciación según el criterio legitimador del poder po- lítico	39
3.1. Constitución que funda el poder.....	39
3.2. Constitución limitadora del poder	40
3.3. Tipo determinante	41
4. Diferenciación según el efecto esencial de la regulación	42
4.1. Constitución limitadora.....	43
4.2. Constitución programática.....	43
4.3. Tipo determinante	44
5. Diferenciación por su relación con la moral y la ética.....	45
5.1. Constitución técnico-jurídica	45
5.2. Constitución ético-jurídica	46
5.3. Tipo determinante	48

6.	Diferenciación según la relación con la realidad sociopolítica.....	50
6.1.	Constitución cerrada.....	50
6.2.	Constitución abierta.....	52
6.3.	Tipo determinante.....	53
7.	Diferenciación por el contexto de aplicación.....	54
7.1.	Constitución estatal.....	55
7.2.	Constitución supraestatal.....	56
7.3.	Tipo determinante.....	58
8.	Recapitulación.....	60
CAPÍTULO III. LA PRETENSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN...		63
1.	Ordenación política de la justicia.....	65
1.1.	Contenido.....	65
1.2.	Desarrollo.....	67
1.3.	Alcance.....	68
1.4.	Limitaciones.....	70
1.5.	Graduaciones.....	71
1.6.	Hipertrofias.....	72
2.	Fundamento de la comunidad política.....	74
2.1.	Contenido.....	75
2.2.	Desarrollo.....	76
2.3.	Alcance.....	78
2.4.	«Patriotismo constitucional».....	80
3.	Estrato normativo básico de la convivencia.....	81
3.1.	Contenido.....	81
3.2.	Desarrollo y alcance.....	83
3.3.	Hipertrofias.....	84
4.	Ordenación estable del ámbito político.....	85
4.1.	Contenido.....	86
4.2.	Amplitud.....	87
4.3.	Posibles deterioros.....	89
5.	Mecanismo para procesar el cambio social.....	91
5.1.	Contenido.....	91
5.2.	Derecho adaptable.....	94
5.3.	Problemas de equilibrio.....	95
6.	¿Relativización mediante la europeización?.....	96
6.1.	Experiencias de pérdida.....	97
6.2.	No es la historia de un declive.....	98
6.3.	Remanente de significado.....	100
6.4.	Reciprocidades.....	102

7. Recapitulación.....	103
CAPÍTULO IV. LAS NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN.....	105
1. Elementos normativos internos y externos.....	107
1.1. Esqueleto fundamental interno.....	108
1.2. Esqueleto fundamental y texto	109
1.3. Ideas sociales de orden.....	111
1.4. Consolidación en modelos.....	112
1.5. Despliegue	114
1.6. Conexiones.....	115
2. Normas fundamentales y subordinadas	115
2.1. Constitución nuclear y ciudadana.....	116
2.2. Valores I.....	118
2.3. Valores II	119
2.4. Derechos fundamentales, determinaciones sobre la estructura estatal y fines del Estado	123
2.5. Círculos constitucionales básicos.....	126
2.6. Círculos marginales.....	127
3. Normas rígidas y móviles.....	128
3.1. Estilo de regulación abierto.....	129
3.2. Receptividad y enriquecimiento	131
3.3. Principios I.....	132
3.4. Principios II	135
3.5. Principios III.....	138
3.6. Peso relativo	139
4. Sobre la europeización del entramado normativo	141
4.1. ¿Derecho constitucional común europeo?.....	141
4.2. ¿Liga constitucional europea?	142
4.3. ¿Europeización de la Constitución?	144
4.4. Nuevas fuentes de significado	147
5. Recapitulación.....	149
CAPÍTULO V. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	151
1. El proceso de la aplicación.....	153
1.1. Ideas fundamentales	154
1.2. Estructura de la argumentación I.....	156
1.3. Estructura de la argumentación II.....	158
1.4. Vinculación limitada al texto.....	159
1.5. Generación dinámica de Derecho.....	162
1.6. Graduaciones.....	164
1.7. Sobre la crítica del procedimiento.....	165

2.	Los elementos de la aplicación	169
2.1.	Orientación por modelos.....	170
2.2.	Modelos <i>versus</i> principios	172
2.3.	Reglas de trabajo, rutinas de control, dogmática	173
2.4.	Puntos normativos de referencia	175
2.5.	Desplazamientos.....	177
2.6.	Prestaciones	178
2.7.	Potencial de racionalización	180
3.	Influencias de la europeización y la internacionalización ...	184
3.1.	Instrumental dogmático	184
3.2.	Consecuencias prácticas	186
4.	Recapitulación.....	187

CAPÍTULO VI. LOS CONSTRUCTORES DE LA CONSTITUCIÓN

		191
1.	Tribunal Constitucional	193
1.1.	Función.....	194
1.2.	Autoapoderamientos.....	195
1.3.	Constructor en lugar de «defensor».....	198
1.4.	Actor político.....	200
1.5.	Tutor y preceptor	203
1.6.	También un tribunal.....	205
1.7.	Legitimidad.....	206
1.8.	Autoridad.....	209
1.9.	Nuevos rivales	211
2.	Otros participantes.....	213
2.1.	Política	214
2.1.1.	Contribuciones	214
2.1.2.	Problemas de competencia	216
2.1.3.	Causas e intentos de respuesta	219
2.1.4.	Modelos de distribución adecuada	222
2.2.	Poder Judicial	224
2.2.1.	Contribuciones	224
2.2.2.	Los tribunales ordinarios como tribunales constitucionales.....	225
2.2.3.	Modelos de distribución adecuada	226
2.2.4.	Procesos de negociación	227
2.3.	Ciencia	229
2.3.1.	Contribuciones	229
2.3.2.	Canales de comunicación e influencia.....	230

2.4. Sociedad y espacio público.....	231
2.4.1. Contribuciones	232
2.4.2. Delimitaciones y distribuciones	234
3. Actores europeos	235
3.1. Contribuciones	235
3.2. Modelos de distribución adecuada	236
3.3. Posiciones flexibles.....	237
4. Recapitulación.....	239
CAPÍTULO VII. LA SUSTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ...	241
1. Derechos fundamentales	243
1.1. Fundamento moral.....	245
1.2. Eje significativo	247
1.3. Modelos.....	249
1.4. Movilidad.....	252
1.5. Derivaciones	255
1.6. Desplazamientos.....	257
1.7. Conceptos de libertad.....	259
1.8. Sobre la crítica.....	262
2. Democracia.....	264
2.1. Fundamento moral.....	265
2.2. Eje significativo	267
2.3. Modelos.....	271
2.4. Derivaciones	274
2.5. Sobre la crítica.....	276
3. Estado social de Derecho	279
3.1. Fundamento moral.....	280
3.2. Modelos.....	284
3.3. Proyecciones	286
4. Orden de competencias y funciones.....	288
4.1. Fundamento moral.....	289
4.2. Modelos.....	292
4.3. En particular: el Estado federal	295
5. Apertura al exterior.....	299
5.1. Fundamento moral.....	300
5.2. Modelos.....	302
5.3. Derivaciones	304
6. Recapitulación.....	306

CAPÍTULO VIII. LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN	309
1. Generación de normatividad.....	311
1.1. Pasado.....	312
1.2. Presente	314
1.3. Positivación.....	315
1.4. Leyendas sobre el origen	318
1.5. Reconocimiento.....	319
1.6. Recursos de vigencia.....	321
1.7. El texto como símbolo de vigencia	324
1.8. Vinculación a través de la praxis.....	326
1.9. Autoestabilizaciones.....	329
2. Desarrollo de la normatividad.....	331
2.1. Efectos principales.....	332
2.2. Fenómenos profundos	334
2.3. Formas de manifestación	336
2.4. Nueva supremacía.....	338
2.5. Constitucionalizaciones	341
2.6. Superación del modelo escalonado.....	343
2.7. Efectos y eficacia.....	344
3. Efectos recíprocos con el Derecho europeo	347
3.1. Dimensiones ético-simbólicas.....	348
3.2. ¿Debilitamiento de la confianza en la vinculación?	349
3.3. Nuevos efectos	350
4. Recapitulación.....	352
CAPÍTULO IX. ¿EL FINAL DE LA CONSTITUCIÓN?.....	355
1. Terminación por discontinuidad	357
2. Terminación por liquidación	360
3. ¿Terminación por sustitución conforme al art. 146 de la Ley Fundamental?.....	363
EPÍLOGO. SOBRE UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez	367
1. Epílogo a una traducción.....	367
1.1. El original alemán	367
1.2. Su traducción en España.....	370
1.3. El reto del epílogo	372

2.	Algunos presupuestos diferenciales.....	372
2.1.	La Constitución en el tiempo	372
2.2.	La Constitución y el Tribunal Constitucional.....	373
2.3.	El Estado constitucional y la integración europea	375
3.	Bases para una teoría concreta	376
3.1.	El poder constituyente y la legitimación del poder....	377
3.2.	La normatividad de la Constitución	382
3.3.	La Constitución en el camino hacia la integración europea	386
4.	Nota final	388

NOTA PRELIMINAR

La historia de la Ley Fundamental suele ser narrada como historia de un éxito, en la que hoy, sin embargo, se mezclan de modo creciente tonos más sombríos: como si no pudiera mantenerse en pie por mucho tiempo lo que hasta hace pocos años parecía construido para la eternidad. Se lamentan pérdidas de orientación y de racionalidad en su aplicación, se aprecian cada vez más las sombras que proyecta el ascenso y, sobre todo, casi nunca se olvida evocar, cuando se habla de tal ascensión, la amenaza de una caída, quizá incluso inmediata. Tal coro de voces está acompañado instrumentalmente por los procesos de europeización y globalización. Con tal telón de fondo, este libro se concibe fundamentalmente como constatación de lo que la Constitución representa: cómo se ha desarrollado hasta convertirse en lo que es hoy, qué significa para la sociedad y para el sistema jurídico de la República Federal y qué papel le puede corresponder todavía en el futuro.

A tal efecto he podido apoyarme en diversos trabajos previos que me han permitido acercarme a aspectos particulares del tema. He de mencionar especialmente la ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrado en Friburgo en el año 2007 sobre «El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política», así como el estudio sobre «La aplicación de la Constitución orientada por modelos», publicado en el *Archiv des öffentlichen Rechts* de 2009. Algunos fragmentos del primer capítulo fueron también sometidos a discusión en una jornada organizada por Stefan Koriöth y Thomas Vesting sobre el «Valor específico del Derecho constitucional». Las correspondientes reflexiones en parte encontraron acogida, en parte han sido objeto de crítica; aquí quedan colocadas en un contexto más amplio y son desarrolladas hasta formar una exposición general sobre la Constitución.

El libro ha sido escrito, en lo fundamental, durante dos semestres dedicados exclusivamente a la investigación; he de agradecer la financiación de uno de ellos a la *Deutsche Forschungsgemeinschaft*. Las labores finales de edición y la confección de la bibliografía fueron asumidas por mis colaboradores Tobias Schweitzer y Thorsten Wörner, y el índice temático por Pascal Klein, entonces todavía asistente de la cáte-

dra; hacia los tres debe constar aquí mi agradecimiento. Especial gratitud merece también mi secretaria, Stephanie Averbeck-Rauch, que una vez más ha cuidado con gran mimo del manuscrito y que nunca ha perdido la visión de conjunto, ni siquiera ante las múltiples modificaciones, correcciones y desplazamientos que se han ido acumulando sobre el texto. Finalmente, he de agradecer también a la editorial Mohr Siebeck, y especialmente al Dr. Franz-Peter Gillig, su colaboración, siempre amable, y la paciencia que han tenido conmigo hasta la culminación definitiva del proyecto.

CAPÍTULO I

LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Hasta hoy no se ha conseguido unanimidad sobre el concepto de Constitución (*Verfassung*)¹ y, en la misma medida, está poco claro lo que hoy sea, deba ser o incluso pueda ser una «teoría» de la Constitución (*Lehre der Verfassung, Verfassungslehre*)^{2*}.

Bajo tal etiqueta se encuentran exposiciones comparadas de distintos sistemas constitucionales y de gobierno³, esbozos de una Constitución ideal o del Estado ideal⁴, aproximaciones a la comprensión del propio ordenamiento constitucional existente⁵, incluso reflexiones sobre las estructuras constitucionales en espacios en los que no existe nominalmente, al menos de momento, Constitución alguna⁶. Y se acierta a decir, más bien, lo que una teoría de la Constitución *no* es: no suele ser una exposición del Derecho constitucional positivo, en cuanto explicación o comentario detallados de unas

¹ STERN, *Staatsrecht I*, pp. 69 y s.

² Siguiendo a PERNTHALER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, pp. 27 y s.; la misma orientación tiene la panorámica que aquí sigue.

* *N. del T.* Por excepción insertamos aquí una nota del traductor que, por lo demás, trasladará el texto alemán al castellano sin dejar rastros del original ni comentar las decisiones adoptadas al efecto (se conservará el original inglés de algunas citas y expresiones, aunque entonces aparecerá entre corchetes la versión castellana). Solo aquí, y como advertencia sobre la validez relativa de este acceso mediato a textos en otro idioma, queremos dejar constancia de la existencia en alemán de matices inaccesibles a una versión castellana, por ejemplo, el que distingue entre las dos expresiones aquí recogidas (apoyado en peculiaridades morfosintácticas) o, un poco más abajo, entre *Lehre* y *Theorie* de la Constitución (la propuesta de distinguir en castellano entre *doctrina* y *teoría* no resulta convincente en este contexto, en parte porque se opone a tradiciones y traducciones ya consolidadas en el específico ámbito académico al que se dirige este libro, que pretende resultar inteligible en castellano).

³ LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, pp. 18 y ss., y 67 y ss.; tendencialmente también BRINKMANN, *Verfassungslehre*, pp. 175 y ss.

⁴ MASTRONARDI, *Verfassungslehre*, p. 1; véase también el subtítulo «Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat» [«Derecho público general como teoría del Estado bueno y justo»].

⁵ Están orientadas fundamentalmente en tal sentido, con resultados muy divergentes entre sí, las teorías de la Constitución de SCHMITT, SMEND o HAVERKATE; el concepto de «*Verfassungslehre*» en SMEND, por ejemplo, en sus *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 196.

⁶ Véase HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*.

u otras disposiciones singulares; no es una doctrina orientada al uso práctico o a la vida cotidiana, capaz de ayudar en la resolución de casos concretos de Derecho constitucional (como pueden serlo la teoría de los tres niveles de afectación de la libertad de trabajo desarrollada en torno al art. 12 de la Ley Fundamental, la doctrina de la prerrogativa de apreciación del legislador, etc.), y tampoco se considera equiparable sin más, aunque de nuevo esto resulte también incierto, a una determinada dogmática de la materia. Pero en qué consiste la propia teoría de la Constitución como disciplina autónoma, si es que lo es; que esté caracterizada, en su caso, más bien por su objeto o por su método; que se trate aún en verdad de una ciencia jurídica o más bien de filosofía del Derecho, teoría del Derecho o quizá incluso de ciencia política, social o de la cultura: nada de eso se sabe, y la respuesta además se complica por el hecho añadido de que se ocupen del tema no solo juristas, sino también filósofos o politólogos⁷. Podrá alcanzarse unanimidad, todo lo más, en considerar que comprende reflexiones fundamentales, que se refiere a los fundamentos y los analiza o que se orienta hacia un nivel superior de abstracción, pero qué grado exacto deben alcanzar la fundamentalidad y la abstracción queda de nuevo completamente abierto⁸. Las mismas imprecisiones que afectan a la *Verfassungslehre* se proyectan sobre la que se denomina *Theorie der Verfassung* o *Verfassungstheorie*, de la que nadie puede aún asegurar si se refiere a lo mismo que la *Verfassungslehre* o qué es lo que en su caso las distingue⁹.

A la vista de todo esto, cabría sucumbir a la tentación de dedicar el apartado introductorio de una teoría de la Constitución al desarrollo, mediante matizaciones progresivamente refinadas, de su *status* como disciplina, de su posición en relación con eventuales saberes próximos o también, simplemente, a su delimitación respecto de la dogmática. Me parece más sencillo explicar en qué consiste el propósito de este libro.

Su punto de partida radica en la constatación de que cualquiera que trabaje con la Constitución —o que de algún modo se refiera a ella— vincula con esa actividad ciertos presupuestos teóricos que, de una u otra forma, giran en torno a lo que en verdad una Constitución es; a lo que, por tanto, en realidad y en un sentido más profundo se *dice*

⁷ Desde la ciencia política véase LOEWENSTEIN; una elaboración filosófica en HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, pp. 109 y ss., y 166 y ss., que desde luego es también una forma posible de *Verfassungslehre*. La inserción en las ciencias de la cultura en HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*.

⁸ Cfr. MORLOK, *Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, pp. 22 y s.

⁹ Nada, dicen con razón MORLOK, *Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, pp. 22 y s., con ulteriores referencias, e implícitamente también JESTAEDT, *Verfassungstheorie als Disziplin*, en DEPENHEUER y GRABENWARTER, § 1, número marginal 9; ambos ofrecen, por su parte, más concretas especificaciones sobre la *Verfassungstheorie*. Véanse MORLOK, *loc. cit.*, pp. 13 y ss.; JESTAEDT, *loc. cit.*, número marginal 1 y ss., así como en su libro *Die Verfassung hinter der Verfassung*, pp. 11 y ss.

cuando se habla de «la Constitución», de «la Ley Fundamental» o incluso de «nuestra Ley Fundamental».

Estos presupuestos pueden ser más o menos ricos en contenido, más o menos conscientes. Con frecuencia ni siquiera son puestos en cuestión, porque la formación recibida dentro de una determinada praxis de la aplicación constitucional hace que el conocimiento fundamental al respecto se dé por supuesto, como algo completamente natural. En cualquier caso, tales presupuestos afectan al trato con la Constitución, deciden sobre el modo y la forma de su interpretación, y así codeterminan también su concreta eficacia. No es menos importante que también se fijen a través de ellos los distintos papeles en el proceso de aplicación de la Constitución y se regule la distribución de pesos e influencias entre los distintos actores que participan en el mismo. Incluso el propio contenido de la Constitución depende de ello: solo está fijado por una regulación fragmentaria mediante unos pocos principios —un «marco», como suele decirse—, pero depende esencialmente de lo que se construye con ellos por la vía de la interpretación.

En su conjunto, todos estos presupuestos constituyen lo que podemos llamar la comprensión de la Constitución, una comprensión teórica fundamental o previa, incluso también una «teoría» de la Constitución, que deben dar por supuesta todos los que se relacionan profesionalmente con ella. Por eso, la pregunta no es si se tiene o no una tal comprensión, sino solo cuál sea esta y si se explicita o no se explicita ¹⁰.

Justamente sobre ello se apoya este libro. Pretende ser una teoría de la Constitución en el sentido de presentar la comprensión fundamental dominante entre nosotros y de desarrollarla en sus diversas consecuencias, haciendo explícito lo que en cualquier caso sucede continuamente de modo implícito. Al utilizar el concepto de teoría, se puede decir también que reconstruye la teoría constitucional que actualmente es llevada a la práctica, o al menos lo intenta ¹¹. No constituye nuestra finalidad, por tanto, diseñar el modelo de una Constitución tal y como debería ser, una Constitución correcta y llena de sentido, una teoría más sobre el Estado bueno y justo, y eso es así aunque en la caracterización que propondremos más adelante podamos aludir a una ordenación de la justicia. El objetivo es, por el contrario, captar lo que significa el concepto de Constitución para la sociedad de la República Federal y cómo «funciona» entre nosotros: en

¹⁰ C. MÖLLERS, «Rezension» a M. MAHLMANN, «Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie», *RW*, 2010, 188.

¹¹ Con la «*Theorie*» de la Constitución puede apuntarse hacia cosas distintas, sea hacia la concepción dominante de la Constitución (en el sentido de una búsqueda de la teoría de la Constitución correcta, de la mejor; cfr., por ejemplo, BRUGGER, *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*, p. 269) o también hacia la disciplina que contempla todo esto desde un nivel superior (en tal sentido el uso del concepto en JESTAEDT, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, pp. 19 y s., 45 y ss.). Quizá es este el único motivo relevante que cabe alegar para que este libro se titule «*Verfassungslehre*».

sus conexiones con las estructuras y actitudes sociales existentes, en su pretensión de ordenación frente a la realidad política y social, en sus efectos sobre el sistema jurídico y sobre el conjunto de la convivencia, pero, sobre todo, en sí mismo y como praxis lingüística y social determinada.

A mi juicio, tal concepto está precisamente determinado por el hecho de que la Constitución misma, en su actual configuración, es vista como compendio de lo que supone una ordenación buena y justa para la comunidad; de este modo, se ha convertido cada vez más en la superficie sobre la que se proyectan los imaginarios sociales de orden y justicia. Y, en consecuencia, su concreta aplicación necesariamente debe tomarlos en consideración: con todas las aperturas hacia la moral, la ética y la teoría política que ello comporta, y con las posibilidades de desarrollo y ampliación de aquellos elementos que se correspondan con tales representaciones. Justo esto será luego expresado mediante la caracterización sintética de la Constitución como ordenación de la justicia en el contexto político.

De este modo, el acceso a la Constitución que aquí hemos elegido tiene un punto de partida descriptivo o analítico. Se coloca en primer plano la reconstrucción recopilatoria, ordenadora y sistematizadora de una praxis. Por otra parte, esto mismo lleva a proporcionar también orientaciones de principio para esa misma praxis, para el ulterior trabajo con la Constitución; justo en la medida en que tal trabajo resulta a su vez configurado por determinados presupuestos teóricos. De acuerdo con lo dicho, cualquier descripción, ordenación y sistematización de los correspondientes presupuestos teóricos influye sobre ese trabajo: lo racionaliza, al mostrar sus conexiones con tales presupuestos; puede ampliar su caudal de información, al transmitir la aportación de los singulares presupuestos hasta los elementos inmediatamente orientados a la solución de los problemas; no es menos importante el hecho de que pueda actuar también de forma limitadora, al formular reglas de bloqueo que muestran cuándo un ilimitado recurso a aquellos presupuestos debe quizá ser interrumpido. De uno u otro modo, una teoría de la Constitución cumple también una función referida a su aplicación.

En consecuencia, y frente a un criterio muy extendido, la teoría de la Constitución tampoco puede ser distinguida de la dogmática conforme al criterio de su vinculación con la aplicación. De acuerdo con tal perspectiva, solo la dogmática habría de estar en condiciones de afrontar la solución de problemas jurídicos concretos, mientras que la teoría de la Constitución se limitaría a observarlo todo desde un nivel superior, justamente como teoría pura, irrelevante para la praxis¹². Pero

¹² En tal sentido véase JESTAEDT, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, pp. 45 y ss.; también G. ROELLECKE, «Beobachtung der Verfassungstheorie», en DEPENHEUER y GRABENWARTER, *Verfassungstheorie*, § 2, número marginal 7: *Verfassungstheorie* solo como un «modo de observación».

si de la teoría de la Constitución depende también su procesamiento práctico, entonces esto no puede ser correcto. Todo lo más cabrá diferenciar entre presupuestos más o menos próximos a los problemas, de mayor o menor nivel de abstracción, de modo que la referencia a la aplicación pueda ser más o menos directa. Pero no existe foso alguno de separación. Al contrario, una teoría de la Constitución está en íntima conexión con la dogmática, como lo está esta con las expresiones y las palabras del texto; todo ello se engarza y coimplica, codeterminando hoy de modo decisivo el contenido de lo que nos hemos acostumbrado a denominar *Derecho constitucional*, y lo hace en mucha mayor medida que, por ejemplo, las concepciones de quienes originariamente hicieron la Constitución.

Al estar así referida al Derecho positivo, una teoría de la Constitución necesariamente tiene también eficacia normativa¹³. Pero es igualmente normativa en la medida en que no surge sin «tomar partido» de alguna manera; pues lo que aquí se describirá como comprensión dominante de la Constitución no resulta indiscutible o por completo aporomático. Esta comprensión se ha desarrollado en el contexto de determinados presupuestos en tensión o contradictorios; hay fuerzas que han promovido su imposición y otras que se oponían; estuvo y está sometida a crítica. En tiempos de europeización y de internacionalización no está claro lo que queda de ella, si es que queda algo. Además, tiene una serie de proyecciones, y no todas ellas pueden ser citadas sin reservas: disuelve estructuras tradicionales de la argumentación jurídica y del pensamiento jurídico; conduce en muchos ámbitos de la vida política a un pensamiento que toma como punto de partida la Constitución; atribuye al Tribunal Constitucional, como cualquiera puede apreciar a primera vista, una significativa influencia sobre el proceso social y político. Surgen, en definitiva, costes derivados que deben ser mencionados: para el sistema jurídico, pero también para la sociedad en su conjunto. En tales condiciones, cualquier teoría de la Constitución tiene solo dos posibilidades: o bien se limita realmente, en la medida de lo posible, a la simple descripción de lo que ocurre, quizá completándolo con referencias al modo en que debe ser procesado, en cuyo caso se está en último extremo confirmando la práctica dominante, o bien pregunta a esa práctica por sus fundamentos legitimadores, aborda las diversas objeciones e intenta ponderar sus ventajas e inconvenientes. Este segundo es el camino que seguiremos aquí.

Dicho brevemente, el sentido de este libro consiste en proponer una lectura de la Constitución que luego pueda ser discutida: sea rechazando la descripción subyacente como falsa, deformada o engañosa, y mostrando entonces que no se corresponde con la realidad y

¹³ Sobre esta necesaria normatividad véase MORLOK, *Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, pp. 54 y ss.

que esta es muy distinta; sea reconociendo la descripción como correcta en su conjunto, pero objetando que la práctica resultante es perjudicial por unos u otros motivos, implica la abdicación de la ciencia jurídica o supone otro tipo de desventura. Pero justamente para esto es siempre preciso saber primero de qué estamos hablando en realidad.