

VOLKMANN, Uwe: *Elementos de una teoría de la constitución alemana*, Marcial Pons, 2019 (Trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez).

PROBLEMAS Y ARGUMENTOS ESENCIALES DEL LIBRO

El autor de este libro pertenece por derecho propio al grupo de constitucionalistas que actualmente lidera el escenario académico en Alemania. Publicado en su lengua vernácula cuando Volkmann tenía 53 años, sin ser un libro generacional, sí refleja un modo de hacer dominante. Lleva razón Ignacio Gutiérrez, traductor de la obra, cuando en su excelente epílogo señala la línea de continuidad entre este libro y los *Grundzüge* de Hesse, pero, sin duda, el contexto histórico y académico en el que aparecen es bien distinto. Mientras que el libro de Hesse fue una alternativa al asfixiante dominio del pensamiento *schmittiano*, que ahogaba la plena interiorización del principio democrático en la doctrina, el de Volkmann surge cuando la globalización y el postmodernismo dificultan las explicaciones con vocación de generalidad. De hecho, la controversia clásica entre Derecho del Estado o Derecho Constitucional, formulada a la par que se reconstruía el Derecho Público alemán, tiene en el libro de Volkmann solo un leve eco, fruto más que nada de la respetuosa mirada del autor, que quiere dar a su obra un tono de continuidad antes que de ruptura.

Así las cosas, el texto prescinde de las antiguas dicotomías y directamente pone en el centro de su estudio la Teoría de la Constitución, eso sí, referida siempre a la República Federal de Alemania. Inevitablemente, el primer paso consiste en determinar en qué consiste esa Teoría. El autor comienza con un tanteo por exclusión, clarificando que no puede ser ni una mera exposición del derecho positivo ni una obra destinada a la resolución de casos concretos.

Según él, la Teoría de la Constitución intenta hacer explícita esa comprensión implícita que tenemos de la norma suprema y que utilizamos cuando operamos con ella. Se trata de una labor descriptiva y analítica porque ha de reconstruir la praxis, lo cual a su vez tiene consecuencias sobre la interpretación que damos al derecho positivo. Pero a la vez, se pregunta sobre los fundamentos de legitimidad del orden constitucional. Afirma finalmente en la página 29: «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 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».

Una vez comprendido el propósito de la obra, a mi juicio el Capítulo III —«La pretensión de la Constitución»— se revela como el más importante, a partir del cual puede armarse el sentido del resto del libro. En principio, la mayoría de las pretensiones (rechaza el concepto de función) es bien conocida y recupera doctrinas clásicas. Así, la Constitución se presenta como fundamento de la comunidad política que a través de ella toma conciencia de sí misma; es también estrato normativo básico de convivencia en cuanto que establece criterios no solo para el Estado, sino también para la sociedad; de ahí que sea un mecanismo para procesar el cambio social; y, sin duda, continúa siendo instrumento de gobierno. Pero considero

que la pretensión más importante, la que va a vertebrar el conjunto de problemas que aborda el libro, es la de «ordenación política de la justicia». Según Volkman, «[...] la Constitución, como tal y por sí misma, asume en su seno y expresa las convicciones fundamentales de orden y de justicia de su tiempo, generando sentido y orden». Legítima el orden que establece y orienta las ideas de los ciudadanos sobre lo que debe considerarse razonable y justo. Con sus contenidos centrales —dignidad humana, derechos fundamentales, democracia, Estado de derecho y Estado social—, la Constitución «contiene también los elementos fundamentales de toda concepción filosófica moderna de la justicia». En definitiva, la Constitución «está comprometida con la idea de lo justo» y «se coloca en sustancia, en el lugar del Derecho natural y racional de la Edad moderna» (todas las citas de la página 65).

Este punto de partida condiciona otros capítulos fundamentales: la estructura normativa, la sustancia de la Constitución, su normatividad y el proceso aplicativo. Antes, sin embargo, el libro cumple con lo que parece una exigencia inevitable en cualquier Teoría de la Constitución, a saber, ofrecer un concepto de la norma suprema. La de Volkman es interesante porque al intentar una definición por relación con otros factores, el resultado es plural. De este modo, atendiendo a su estructura normativa, trabaja con los pares conceptuales de fáctica/jurídica, formal/material, limitadora/programática. Pero cuando mira a su relación con la realidad sociopolítica, distingue entre Constituciones que legitiman o simplemente limitan, abiertas o cerradas. De igual manera que la relación con la moral y la ética, permite distinguir entre Constituciones técnicas o ético-jurídicas. Y el contexto de aplicación separa entre Constitución estatal o supraestatal.

«Las normas de la Constitución» se estudian en el Capítulo IV. Parte de una

premisa crucial para el resto del libro, relativa al concepto de norma: «Tampoco es la norma, por lo demás, idéntica al texto normativo exteriorizado. Se trata más bien, tal y como se va divulgando progresivamente con la perspectiva de la lingüística más reciente, de lo que en una praxis social y lingüística se hace, a partir de dicho texto, en su aplicación a los supuestos de hecho reales» (p. 105). Aquí radica una idea central: la norma, también la norma constitucional, es una praxis social. Pero es una praxis social ligada a la idea de lo justo. Esto explica que el autor presente un estudio escalonado o por círculos concéntricos de las normas, que sin desmerecer su naturaleza constitucional, sí da cuenta de una importancia diversa.

En el primer círculo se encontrarían las decisiones fundamentales, no susceptibles de derivarse de otras. Con todo, despeja inmediatamente cualquier parentesco con la clásica tesis de Schmitt, pues tales decisiones fundamentales no serían previas y superiores a la Ley constitucional, sino que se han de hallar expresamente en el texto de la Constitución. Las normas que recogen esas decisiones fundamentales operan como «conceptos compuerta» a través de los cuales alcanzan trascendencia ideas ordenadoras de carácter jurídico-político o ético-jurídico (p. 111). El segundo círculo estaría formado por un complejo de normas constitucionales directivas que vinculan la política a determinados fines. Y el tercero se referiría a las instituciones que aseguran el procedimiento para el desarrollo de los dos primeros círculos.

Volkman propone que se usen «modelos» para trabajar con las normas constitucionales, en especial las que recogen las decisiones fundamentales. Los modelos «son concepciones normativamente consolidadas de los conceptos fundamentales y los principios de la Constitución, situadas en el trasfondo, que se vinculan a convicciones de

justicia e idoneidad intuitivas o más meditadas, y que, dependiendo de su contenido, generan específicos efectos orientadores en la aplicación del Derecho» (p. 113). El modelo se construye primero en referencia al texto, que normalmente solo ofrece el concepto. Luego viene un momento en el que se tiende un puente hacia la moral y la ética, incorporando en la aplicación del derecho las convicciones en torno al orden y la justicia propias de esa época. Y finalmente surge un instante empírico-sociológico que se apoya en las estructuras objetivas que se encuentran en la realidad (pp. 112 y 113)

Ahora bien, ¿qué contenidos componen ese primer círculo de las decisiones fundamentales, expresión de la idea de justicia? A esta cuestión se dedica el Capítulo VII, «La sustancia de la Constitución» y en él se tratan los temas canónicos: derechos fundamentales, democracia y Estado social de derecho, a los que une el orden de competencias y funciones (con referencia especial al federalismo) y la apertura al exterior. Lo más llamativo es que cada uno de los temas comienza con un análisis de su «fundamento moral», en consonancia con la posición que ha tomado sobre la «ordenación política de la justicia» como pretensión clave de la Constitución. Y en todos los casos —salvo en el orden de competencias—, es el reconocimiento como libres e iguales el fundamento moral de la institución, idea que se sintetiza en la dignidad humana.

Una cuestión central en toda teoría constitucional es la aplicación, que en este libro se analiza en el Capítulo V. El punto de partida es típico, distinguiendo una primera fase de determinación de las disposiciones constitucionales relevantes, que conduce a la conformación de la norma y termina con la norma de decisión correspondiente para el supuesto en cuestión. El giro clave surge cuando afirma que «[...] no es la elección de un método de interpretación el que conduce progresivamente a una

determinada visión de la Constitución, sino que, al contrario, la visión de la Constitución que se coloca como fundamento es la que prejuzga la elección del método de interpretación» (p. 152). Así las cosas, en tanto que el autor ha señalado que la Constitución es orden político de la justicia, no tiene dificultad alguna en admitir que el proceso aplicativo se enriquece con argumentaciones propias de la teoría moral (proporcionalidad o ponderación). Y también se trata de una interpretación con elementos políticos, sea porque se usan categorías de teoría política, porque se está atento a la realidad o porque se introducen valoraciones de conveniencia u oportunidad.

En consonancia con su concepción de la norma como praxis lingüística que se define a partir de modelos y de la pretensión de la Constitución como ordenación política de la justicia, el autor afirma que «[l]a aplicación de la Constitución se presenta así, en conjunto, como una praxis social de comunicaciones recíprocamente referidas, en la que ha de quedar visible el alcance para el caso concreto de las ideas de ordenación que se imputan a la Constitución. En cuanto tal, no puede recibir estabilidad y estructura desde el exterior [...] Al contrario, y como toda praxis social, recibe estabilidad y estructura de sí misma [...]» (p. 169). Y el modo de recibir esa estabilidad desde dentro es a partir de la creación de criterios de racionalización originados en el seno de la praxis, algo que para el autor solo es posible a través de un ejercicio de sinceridad metodológica que exponga con claridad sus presupuestos.

Como bien señala Volkmann, la peculiaridad de la aplicación de la Constitución reside no solo en sus temas, sino también en los actores que la practican. A partir de ahí realiza primero una reflexión sobre el Tribunal Constitucional, destacando que se ha ido «autoapoderando» a través de un primer cuerpo de sentencias que extendió la

Constitución a lo largo de la vida política y social, pero también en virtud del estatus especial que el Tribunal reclamó para sí desde el principio, diferenciándose del resto de la jurisdicción. El Tribunal se sitúa hoy antes como un constructor del Derecho Constitucional, que como un defensor de la Constitución, y su autoridad se funda en el reconocimiento, que le otorgan el resto de actores. Por lo demás, el Tribunal no está solo como constructor del Derecho Constitucional. Las instituciones políticas (Volkmann utiliza a secas el término política), el poder judicial, la ciencia, la sociedad y los actores europeos concurren también a la construcción de la Constitución. El problema, que queda perfectamente esbozado en el libro para cada uno de los actores, consiste en delimitar su espacio propio en referencia esencialmente al Tribunal Constitucional.

En el Capítulo VIII el libro ofrece una reflexión sobre la normatividad de la Constitución que a mi juicio es la parte más original y en la que vuelca los elementos que ha ido elaborando a la largo del texto. Comienza con una declaración de principios: «Sin duda, el flanco que deja abierto una Constitución, tan permeable en su sustancia, a las convicciones sociales es el de su normatividad» (p. 309). A continuación pasa a señalar algunos malentendidos. El primero se refiere al objeto, que no puede ser solo el texto «cuando la Constitución es concebida como proceso, tal y como aquí se hace; concretamente, como suma y resultado de las comunicaciones mantenidas acerca de ella» (309). En definitiva, la normatividad se refiere a lo que hacemos con el texto. Se manifiesta así un segundo malentendido que consistiría en concebir la normatividad de la Constitución como algo dado desde arriba, mientras que más bien la normatividad es el resultado de una praxis social y lingüística, «incluso esa misma praxis» (p. 310). Y, por último, advierte sobre la necesidad de abandonar un concepto de normatividad ligado a la

resolución de conflictos jurídicos. Se hace necesaria una idea más amplia, que dé cuenta de las pretensiones morales y políticas que contiene la Constitución.

Pero, ¿cómo se genera la normatividad de la Constitución, concebida como praxis social? Para dar respuesta a este interrogante clave, Volkmann parte del concepto de Hesse «voluntad de Constitución» para afirmar que «la normatividad se debe a una construcción paradójica y en sí misma precaria; se construye y puede ser reconstruida, todo lo más, a partir de una imputación circular de vinculatoriedad, que se conforma en una praxis compartida y duradera como consecuencia del tal reconocimiento, reforzándose a sí misma» (p. 311). Esta premisa le permite al autor abandonar la doctrina del poder constituyente como instrumento explicativo de la normatividad de la Constitución. Ahora bien, si la normatividad se debe solo al reconocimiento de una praxis, entonces se ha de indagar sobre la estructura más favorable a ese reconocimiento, y quizá aquí es donde quedan demasiados cabos sueltos con referencias genéricas al estilo sencillo del texto, la vinculación del texto al patrimonio simbólico de la sociedad, etc.

Tal y como había anunciado al plantear los malentendidos en torno al normatividad de la Constitución, esta no es simplemente sinónimo de justiciabilidad en el entendido de que ninguna norma de derecho ordinario puede contradecir la Constitución. «El efecto central de la Constitución, que ha llegado a destacar por encima de todos los demás, se sitúa hoy en el ámbito de la transmisión de contenidos ideales y morales, concretamente al transportar una determinada idea sobre la forma y el fin del Estado, sobre la acción correcta del Estado y sobre la convivencia política en él» (p. 332). La cuestión esencial consiste entonces en saber cómo se producen esos efectos, para lo que el autor repasa algunas teorías clásicas, como la teoría de integración de Smend o el

Derecho Constitucional como ciencia de la cultura de Häberle. Sin embargo, opta por atribuir a la normatividad de la Constitución un efecto de irradiación sobre el derecho ordinario, al que da una programación sustantiva (p. 340).

La normatividad puede llegar a su fin, como se explica en el Capítulo IX, que lleva por título «¿El final de la Constitución?». Existe primero la posibilidad de «terminación por discontinuidad» en la medida que las bases constitucionales son sustituidas por otras. La dificultad estaría en saber cuándo se produce esa ruptura: ¿basta con un cambio de texto o se hace preciso modificar las decisiones fundamentales? En segundo lugar cabría una «terminación por liquidación» que se produce cuando la realidad socio-política se ha separado totalmente de la Constitución, que carece de eficacia. Y finalmente estaría la «terminación por sustitución», referida al específico caso de Alemania, en el que como es sabido el artículo 146 preveía que una vez unificado el territorio, la Ley Fundamental sería sustituida por una Constitución dada por el pueblo alemán.

RAZONES PARA LEER EL LIBRO

Toda traducción necesita una justificación. ¿Por qué los editores han asumido el riesgo de escoger un texto entre muchos y acometer el siempre proceloso esfuerzo de verterlo al español? En este caso, creo que la respuesta pasa a su vez por aclarar otros tres interrogantes.

¿Por qué leer una Teoría de la Constitución?

Coincido con el profesor Ignacio Gutiérrez cuando en su epílogo señala que no existen en España obras con una vocación

similar a la de Volkman (p. 370). Este dato indica el hecho de que nuestra academia cree más fructífero acercarse a los problemas a través de las monografías referidas a cuestiones concretas, manuales o ensayos de corte histórico. Pero lógicamente la elección de estos géneros no significa que se carezca de teoría. Sin duda, en nuestra doctrina está presente la necesidad de trabajar con conceptos que ayudan a analizar la realidad constitucional. Lo impone en parte la propia Constitución, que usa sin reparo categorías que encajan en el glosario típico de una Teoría de la Constitución. Sin olvidar, por otro lado, el peso cada vez mayor de los análisis pragmáticos, que al modo de hacer anglosajón, prefieren centrarse en la casuística jurisprudencial, encaminados a distinguir las reglas que se van formando evolutivamente.

El valor de escribir una teoría general reside en el esfuerzo de explicitar las categorías esenciales que orientan en la aplicación de un texto constitucional. A diferencia de otro tipo de géneros, por ejemplo los manuales o los comentarios, desde un primer momento se esclarecen los términos de partida, sin que el lector se vea obligado a leer entre líneas en busca de una teoría. No obstante, toda Teoría de la Constitución debe también explicar cuál es el método usado en la composición de conceptos. Entiendo que en el caso de Volkman el camino parte de un análisis de la praxis constitucional; pero a menudo se utilizan otros, durante mucho tiempo el análisis histórico, y hoy día principalmente el derecho comparado. En definitiva, toda teoría general goza de interés porque sin prescindir del texto constitucional, se despega de él lo suficiente para hacer patente las posibilidades de lectura que ofrece y, por tanto, forzando a una toma de conciencia sobre la naturaleza pluralista de la labor académica.

¿Por qué leer una teoría general referida a la Constitución alemana?

No me parece que sea suficiente para dar respuesta a esta cuestión apelar a la impronta germánica en nuestro texto constitucional, que justifica sin duda el recurso a la doctrina alemana con la intención de conocer algunos desarrollos concretos. Este dato se queda corto precisamente porque el contexto de precomprensiones de la Ley Fundamental y de la Constitución de 1978 es distinto. Ignacio Gutiérrez lo afirma con más intensidad: «En cualquier caso, la traducción de un libro que despliega ampliamente la teoría de la Constitución alemana, sus supuestos y sus implicaciones, debería dejar de una vez por todas en evidencia su inadecuación objetiva a la actual situación española» (p. 371). El libro tendría entonces una función ejemplar en tanto que «deja en primer plano el reto de construir una teoría propia que, siguiendo precisamente la orientación que él propone, descubra y describa el verdadero significado del Derecho constitucional hoy vigente en España. Que no puede ser el mismo que el alemán, del mismo modo que difiere del italiano o del francés, del británico o del norteamericano, porque las instituciones y las culturas jurídicas, aunque comparten muchas ideas elementales y algunos principios básicos, son distintas, como lo son las sociedades y los Estados, su historia y sus concretas perspectivas de futuro» (p. 371).

Si tomamos al pie de la letra los argumentos de Ignacio Gutiérrez, la lectura de las obras de teoría general escritas en otros países, pasarían a engrosar un género propio dentro del derecho comparado, de suerte que tendría la utilidad cognitiva de analizar lo distinto para comprender bien lo propio. Sin embargo, siendo ciertas las cautelas del epílogo, creo que toda Teoría de la Constitución tiene una vocación de generalidad que la hace exportable fuera

de su contexto (como hay textos que sin vocación de componer una obra de teoría general, precisamente por el modo en el que la usan, se convierten en trabajos de referencia más allá de sus fronteras, por ejemplo, los *Grundzüge* de Hesse). Quien escribe una Teoría de la Constitución está conceptualizando al Estado constitucional, y aunque este adopte en su desarrollo múltiples variantes, existe una impronta básica que necesariamente hace comprensible una Teoría de la Constitución de un país extranjero.

¿Por qué leer la teoría general de Volkman?

No creo que el pensamiento constitucional de la doctrina española quede reducido a una comprensión normativista de la Constitución. Pero sí es cierto que las distintas corrientes parten ineludiblemente de esta premisa y que en más de una ocasión en ella termina el estudio del Derecho Constitucional, que queda estrechamente ligado a la aplicación que de la norma suprema hacen los tribunales, en especial el Constitucional. El libro de Volkman sirve para ofrecer una perspectiva distinta, puesto que sin abandonar el hito de la normatividad, la toma más bien como un *a priori* necesario, pero subraya que apenas nos explica el sentido de una Constitución. La Constitución es esencialmente «ordenación política de la justicia», es decir, un texto y una praxis que ambicionan una idea de justicia. Esta concepción, como he intentado explicar en la recensión, tiene consecuencias inmediatas sobre el concepto de norma y su proceso aplicativo. Y permite abrir una reflexión sobre la propia dimensión valorativa de la Constitución de 1978 —tan cargada de conceptos de valor—. Sirva como ejemplo la que ofrece Ignacio Gutiérrez cuando declara que

«[...] la Constitución [se refiere a la española] apenas incorpora ya una tensión valorativa adicional sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto; se limita a consolidarlo como unidad sistemática, sin aportarle orientación ante los retos de futuro, sin ofrecerle tampoco respaldo» (p. 377). Afirmación que le sirve al profesor Gutiérrez para distinguir los elementos que necesariamente habrían de componer una Teoría constitucional patria: revisar la utilidad de la teoría del poder constituyente; denunciar la confusión entre Constitución y política constitucional; y la pasividad ante el proceso de integración europea.

Creo que el libro de Volkmann también merece una lectura por su decidida comprensión de la Constitución como praxis social. La Constitución es lo que hacemos con ella. Sin duda, esta afirmación implica en primera instancia una

ampliación del objeto propio del Derecho Constitucional. Esta conclusión está más que asentada en nuestra doctrina, pero considero que no hemos extraído las conclusiones sobre la normatividad que presenta Volkmann, que van más allá del típico lugar central que en este punto casi por inercia atribuimos al Tribunal Constitucional. Por lo demás, el autor abre la paleta de actores que participan en la aplicación de la Constitución, lo cual invita a ampliar los campos de estudio de nuestra disciplina, que podría estirarse analizando cómo hace Derecho Constitucional, no ya el legislador y el poder judicial, sino la administración, la ciudadanía o la propia academia.

MIGUEL AZPITARTE SANCHEZ
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada