

MICHAEL STOLLEIS

**INTRODUCCIÓN AL
DERECHO PÚBLICO ALEMÁN
(SIGLOS XVI-XXI)**

Traducción e introducción de
Federico Fernández-Crehuet

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN , por <i>Federico Fernández-Crehuet</i>	13
1. ALGUNAS CUESTIONES DE MÉTODO	14
2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA <i>INTRODUCCIÓN AL DERECHO PÚBLICO ALEMÁN</i>	19
2.1. La descripción de la caída del derecho romano y la aparición de un derecho constitucional del imperio	22
2.2. La aparición de un derecho internacional y del derecho natural	23
2.3. El largo siglo XIX	24
3. ALGUNAS CUESTIONES DE EDICIÓN	31
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN, OBJETO Y MÉTODO	33
1. DERECHO COMO OBJETO HISTÓRICO	33
2. <i>IUS PUBLICUM</i> : DERECHO PÚBLICO	36
3. HISTORIA DE LA CIENCIA	38
4. RECOMENDACIÓN METODOLÓGICA Y RECURSOS	40
CAPÍTULO II. LA EMANCIPACIÓN DEL DERECHO ROMANO Y LA MODIFICACIÓN DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	43
1. EL PUNTO DE PARTIDA DEL DERECHO ROMANO	43
2. NUEVAS CIRCUNSTANCIAS	44
3. EL NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL	47
CAPÍTULO III. ELEMENTOS DEL DERECHO PÚBLICO EMERGENTE	49
1. LA «POLÍTICA»	49
2. FUENTES JURÍDICAS NACIONALES	50

	<i>Pág.</i>
CAPÍTULO IV. PUBLICÍSTICA DEL IMPERIO, DERECHO NATURAL E INTERNACIONAL, «BUENA POLICÍA»	55
1. PUBLICÍSTICA DEL IMPERIO	55
2. DERECHO NATURAL E INTERNACIONAL.....	58
3. DERECHO NATURAL (<i>IUS NATURAE ET GENTIUM</i>)	61
4. BUENA POLICÍA	64
5. RESUMEN	68
CAPÍTULO V. EL DERECHO PÚBLICO ENTRE REVOLUCIÓN Y RESTAURACIÓN.....	71
1. TRANSFORMACIÓN DEL MUNDO POLÍTICO	71
2. LA CONFEDERACIÓN GERMÁNICA	72
3. DERECHO POLÍTICO GENERAL ALEMÁN	74
4. ESTADOS MIEMBROS Y DERECHO ADMINISTRATIVO....	76
CAPÍTULO VI. LA PAULSKIRCHE	79
CAPÍTULO VII. DERECHO POLÍTICO DEL REICH.....	83
1. ESTADO DE DERECHO Y MÉTODO JURÍDICO	83
CAPÍTULO VIII. DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO DE LA TEMPRANA SOCIEDAD INDUSTRIAL.....	89
1. CAMBIO DE PERSPECTIVAS.....	89
2. AUTORES NOTABLES.....	91
CAPÍTULO IX. DERECHO POLÍTICO Y TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA ÉPOCA DE WEIMAR.....	95
1. EN EL INICIO DE LA «SOBERANÍA POPULAR»	95
2. EL PAPEL DE LA TEORÍA DEL DERECHO POLÍTICO.....	96
3. VERSALLES Y LA UNIDAD INTERNA.....	97
CAPÍTULO X. DISPUTA METODOLÓGICA Y TEORÍA GENERAL DEL ESTADO	101
1. SACUDIDA DE LOS FUNDAMENTOS.....	101
2. LA ESCUELA VIENESA.....	103
3. LA DISPUTA METODOLÓGICA O DE ORIENTACIÓN	105
4. FORMACIÓN DE GRUPOS	107
5. LAS OBRAS CAPITALES.....	109

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO XI. DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA ÉPOCA DE WEIMAR	113
1. CONTINUACIÓN Y MODIFICACIÓN.....	113
2. DERECHO ADMINISTRATIVO DE LOS LÁNDER	113
3. MANUALES.....	114
4. INCREMENTO DE LA MATERIA EN EL ESTADO INTERVENCIONISTA.....	115
CAPÍTULO XII. EL NACIONALSOCIALISMO Y SU DERECHO PÚBLICO	119
1. EL TRASPASO DE PODER.....	119
2. LA DECAPITACIÓN INTELECTUAL.....	119
3. REVISTAS.....	122
4. CONSTRUCCIÓN DE EMERGENCIA DE UNA «CONSTITUCIÓN».....	123
5. TEMAS PRINCIPALES.....	124
6. DERECHO INTERNACIONAL.....	126
7. DERECHO ADMINISTRATIVO Y TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.....	127
8. SERVICIOS PÚBLICOS BÁSICOS Y BALANCE.....	131
CAPÍTULO XIII. SITUACIÓN JURÍDICA DE ALEMANIA, RECONSTRUCCIÓN Y DOS ESTADOS	133
1. ¿HORA CERO?	133
2. RECONSTRUCCIÓN DE LAS UNIVERSIDADES	135
3. INSTITUCIONES Y REVISTAS	137
CAPÍTULO XIV. EL NUEVO «SISTEMA DE VALORES» Y LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO	141
1. PRIMERAS REACCIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN, COMENTARIOS Y MANUALES.....	141
2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	143
3. ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	145
4. DEMOCRACIA.....	155
5. DE LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO A LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN.....	160
CAPÍTULO XV. ESTADO SOCIAL Y ESTADO INTERVENCIONISTA EN LA REPÚBLICA FEDERAL	165
1. ESTADO SOCIAL Y «DERECHO SOCIAL».....	165
2. INTERVENCIONES A LARGO PLAZO.....	167
3. MODIFICACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	170
4. EXPANSIÓN DE LAS UNIVERSIDADES.....	177

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO XVI. DERECHO POLÍTICO, DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE ALEMANIA	181
1. ESTRUCTURA POLÍTICA FUNDAMENTAL	181
2. INSTITUCIONES Y REVISTAS CIENTÍFICAS.....	183
 CAPÍTULO XVII. DERECHO EUROPEO Y DERECHO INTERNACIONAL.....	 185
 CAPÍTULO XVIII. REUNIFICACIÓN	 191
1. DESARROLLO EXTERNO	191
2. TAREAS DEL DERECHO POLÍTICO E INTERNACIONAL.	192
3. MODO DE LA REUNIFICACIÓN.....	193
4. TRANSFORMACIÓN Y NUEVA FUNDACIÓN DE UNIVERSIDADES.....	195
 CAPÍTULO XIX. GLOBALIZACIÓN Y FUTURO DEL ESTADO, CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO POLÍTICO Y ADMINISTRATIVO.....	 197
1. LA PRIMERA GLOBALIZACIÓN.....	197
2. LA SEGUNDA GLOBALIZACIÓN	198
3. EL FUTURO DEL ESTADO NACIÓN	200
4. EL FUTURO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	202
 CAPÍTULO XX. CONSIDERACIONES FINALES.....	 205
 SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA	 207
 ÍNDICE ONOMÁSTICO	 209

PRÓLOGO

La siguiente «introducción» se escribió para resumir de modo sencillo mi extenso trabajo *Historia del Derecho público en Alemania* (vol. 1, 1988, 2.^a ed., 2012; vol. 2, 1992; vol. 3, 1999, y vol. 4, 2012). Aquellos que inician sus estudios deben recibir un acceso expedito a un campo del pensamiento jurídico que está claramente permeado por la política y la historia.

«Derecho público» (*ius publicum*, derecho constitucional del Imperio, derecho del Estado y derecho administrativo) es una fórmula variable que se acompaña de una literatura especializada igualmente variable. A partir de la estructura comunitaria que Europa poseía en la Edad Media surgen, por doquier, Estados premodernos que alientan una disciplina iuspublicística propia. En Alemania, este proceso se extiende desde inicios del siglo XVII hasta la europeización, internacionalización y globalización actuales. Hoy en día no solo se plantea el interrogante por la autocomprensión del Derecho público sino, también, fundamentalmente, por el futuro del Estado. ¿Ostentarán las futuras formas de dominación de lo público, que quizá sustituirán a las de hoy día, las mismas cualidades de legitimidad democrática, de orden jurídico estatal y de compromiso social?

Para entender y modelar futuras tendencias se ha de haber comprendido previamente qué historia subyace tras el presente. Con el término «historia» no solo se hace referencia a los cambios normativos y fácticos, sino también a su plasmación lingüístico-intelectual. La historia, la historia jurídica y la historia de la ciencia jurídica se pueden aprehender de modo separado, pero no son realmente independientes unas de otras. Siempre se trata de la interacción entre el pensamiento, expresado por medio de conceptos, y los cambios históricos, bien el pensamiento anteceda a los acontecimientos o bien los suceda y los comente.

M. St.

INTRODUCCIÓN

ACERCA DE MITOS Y CONSTRUCCIÓN DE DISCURSOS EN EL DERECHO PÚBLICO *

Federico FERNÁNDEZ-CREHUET

Michael Stolleis es conocido por su monumental historia del Derecho público en cuatro volúmenes¹, obra que abarca un amplio arco temporal, desde el siglo XVII hasta la reunificación alemana. Desgraciadamente no existe hasta el momento una traducción española de este extenso texto, si bien, dependiendo de los volúmenes, se ha vertido al italiano, al francés, al inglés e incluso a idiomas tan exóticos para nosotros como el chino o el japonés. En castellano ya contamos con varias de sus obras más breves. En esta misma casa editorial nos encontramos con *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*² y *La textura histórica de las formas políticas*³. Además, traducidas por Ignacio Gutiérrez, se han publicado los siguientes trabajos: *La historia del derecho como obra de arte*⁴ y, posteriormente, *El derecho constitucional de la globalización*⁵ y *Estado, Europa, Globalización: Constitución y Utopía*⁶.

* Esta introducción y la traducción se encuadran dentro del proyecto de investigación (DER 2014.56291-C-3P). *Tradición y constitución* del que, en su sección granadina, soy investigador principal.

¹ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 4 vols., München, 1988-2013.

² M. STOLLEIS, *El ojo de la ley*, Marcial Pons, 2011.

³ M. STOLLEIS, *La textura histórica de las formas políticas*, trad. Ignacio Gutiérrez, Marcial Pons, 2011.

⁴ M. STOLLEIS, *La historia del derecho como obra de arte*, trad. Ignacio Gutiérrez, Comares, 2009.

⁵ M. STOLLEIS, I. GUTIÉRREZ y A. PAULUS, *El derecho constitucional de la globalización*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

⁶ M. STOLLEIS, *Estado, Europa, Globalización: Constitución y Utopía*, Ediciones Olejnik, 2015.

1. ALGUNAS CUESTIONES DE MÉTODO

He de confesar que, como filósofo del derecho y, desde mi ignorancia y prejuicios, en un primer momento, la obra de Stolleis me parecía demasiado descriptiva, aséptica y ayuna de cualquier aparato metodológico, lo que me parecía un grave error. Extremo que contrastaba con la historia jurídica que, en aquella época, llevaba a cabo Marie Theres Fögen; una historia fuertemente anclada a la teoría de sistemas luhmaniana, plena de referencias filosóficas y estilo literario y no exenta, por qué no decirlo, de un enorme poder de seducción⁷. Mi sorpresa fue, ciertamente mayúscula, cuando en una de las estancias de investigación en el Max Planck Institut fui a almorzar con Michael Stolleis y me comentó su posicionamiento crítico respecto a algunos planteamientos de la *Begriffsgeschichte* y, en concreto, acerca de la obra de Koselleck, del que yo, por aquel entonces, solo había leído *Preussen zwischen Reform y Restauration*⁸, libro que me había emocionado y entusiasmado a pesar de la tesis de fondo tan conservadora que mantenía. Cayó entonces en mis manos el brevísimo y denso texto *Rechtsgeschichte schreiben*⁹.

Creo, por tanto, que un buen punto de partida para presentar esta *Introducción al Derecho público alemán* es traer aquí y, de ese modo, explicitar cuáles son los planteamientos metodológicos y filosóficos que animan y articulan la obra de Michael Stolleis en general y la que aquí se presenta en particular.

La corriente historicista, que tan acertadamente ha sido criticada por Karl Popper en su obra *La pobreza del historicismo*¹⁰, ejerció una influencia fundamental en no pocos planteamientos históricos de los siglos XVIII y XIX y aún deja notar sus efectos en algunas argumentaciones. Stolleis se distancia de tal modo de proceder que, por ejemplo, alienta la construcción de los *Monumenta Germaniae Historica* y los trabajos —«industriales», afirma Stolleis— de T. Mommsen, y frente a él presenta los conocidos argumentos nietzscheanos¹¹, según los cuales la historia no puede ser comprendida de forma anticuaria ni monumental. Ese modo de escribir la historia, como un conjunto de cimas o de personajes relevantes que por sí mismos explicarían el devenir histórico, criticado

⁷ De Marie Theres Fögen ofrecí al lector español la traducción de su poético y lírico libro *La canción de la Ley*, Marcial Pons, 2011. Véase también, cargado de sentido luhmaniano y filosófico, su obra *Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, Vandenhoeck & Ruprecht, 2.ª ed., 2002 (existe traducción italiana de Aldo Mazzacane). Igualmente véase mi reseña en *Anuario de Historia del derecho español*, 2006, pp. 774-776.

⁸ R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Klett-Cotta, 1967.

⁹ M. STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?* (Jacob Burckhardt-Gespräche auf Castelen, 21), Basel, 2008. Existe traducción castellana (por la que citaré) de Ignacio Gutiérrez, M. STOLLEIS, «Escribir la historia del derecho: ¿reconstrucción, narración o ficción», en M. STOLLEIS, *La historia como obra de arte*, Granada, Comares, 2009, pp. 1-33.

¹⁰ POPPER, K., *The Poverty of Historicism*, London, Routledge, 2002.

¹¹ M. STOLLEIS, «Escribir la historia del derecho...», *op. cit.*, p. 4.

por Nietzsche, está ya tan estereotipado que hasta adorna una conocida estación de metro frankfurtesa¹². Pero ciertamente, la recomposición del pasado a partir de una historia ingenuamente empirista que recopila y colecciona trozos y fragmentos de fuentes y, posteriormente, los ensambla con una lógica propia del presente no es nada extraño en la historia jurídica; pienso, por ejemplo, que algo así se puede encontrar en los listados de glosadores de la *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* de Savigny, quien creía y practicaba ese movimiento evolutivo y lineal que suele fundamentar la construcción de este tipo de historia monumental¹³. Savigny habría sido uno de los primeros en construir «un sentido de la historia alemana», con su idea de *Volksgeist*¹⁴, que después retomarian los germanistas, y habría sido de enorme utilidad al nacionalsocialismo. Igual sucede con los tres jalones típicos: «nacimiento», «decadencia» y «disolución», lo que en última instancia, a juicio de Stolleis es una secularización de las ideas de «paraíso», «valle de lágrimas» y «muerte»¹⁵.

El descrédito de este modo de construir la historia impulsó la búsqueda de otras aproximaciones al pasado, ya bien fuera desde un modelo idealista que se centró en la clásica historia de las ideas, ya en clave económica o centrándose en los conceptos. La historia de las ideas, que «descansaba en último extremo en convicciones filosóficas platónicas acerca de ideas eternas, o al menos de constantes antropológicas que obran en la historia»¹⁶, fue, a juicio de Stolleis, la corriente que mayor apoyo prestó a la historia jurídica alemana, sobre todo al ala germanista, que investigaba «la idea germánica del derecho» con fines de carácter político y, en no pocas ocasiones, para sustento del nacionalsocialismo o de discursos realmente conservadores. Stolleis, en concreto, desde uno de sus primeros escritos, *Die Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, oponiéndose a la tesis de Peter Häberle, ha subrayado cómo en este caso concreto, la idea del bien común no era extraña a la tradición alemana, sino que se había recuperando de cierta tradición medievalista, ofreciendo importantes elementos para construir la cláusula del bien común, que prestó un importante apoyo teórico al nacionalsocialismo¹⁷.

¹² Me refiero a la fotografía en Bockenheimer Warte en la que aparece Alfred Schmidt, y en la pizarra, flanqueada por dos estudiantes muertos de aburrimiento, la conocida clasificación nietzscheana. Agradezco al amigo Dietrich Neumann la explicación ya en 2003, y a Alfons Aragoneses y a Otto Danwerth que me refrescaran la memoria.

¹³ Sobre el modo, a mi juicio, antihistórico y más bien sistemático de escribir la historia del gran jurista del siglo XIX, véase mi texto, *La idea de sistema en la vida y obra de Friedrich Carl von Savigny*, Comares, 2008.

¹⁴ Se toma la idea y se reconstruye, por supuesto, como mejor conviene. Savigny en este sentido era demasiado individualista para un nacionalsocialista como Larenz. Véase K. LARENZ, «Volksgeist und Recht. Zur Revision des Rechtsanschauung der historischen Schule», en *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, Band 1, 1935, p. 41.

¹⁵ M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974, pp. 24-27.

¹⁶ M. STOLLEIS, «Escribir la historia del derecho...», *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, *op. cit.*, p. 14. Häberle sostiene que la fórmula del «bien común» tiene un carácter marginal y antidemocrático y no tiene nada que ver con la tradición alemana (p. 7).

En cambio, en el ámbito de la historia del derecho romano, se hacía una historia más atenta a intercambios internacionales y menos permeable al discurso totalitario. Sea como fuere, las otras alternativas a esta historia de carácter idealista han sido ciertamente exitosas, pero presentan igualmente problemas metodológicos serios. De un lado, la *Begriffsgeschichte* de Koselleck y, por otro, la historia de carácter social y económico que tuvo cierto auge en Alemania a partir de los sesenta. Respecto a esta última, se reconoce que en los años sesenta «los historiadores del derecho se vieron bruscamente confrontados con las reivindicaciones de una historia materialista del derecho», las cuales «hoy, con la distancia de una generación, casi cualquier historiador del derecho acepta»¹⁸. Como se aprecia en la obra que introducimos, Stolleis es especialmente sensible a estas cuestiones sociales y económicas, lo que no quiere decir, en absoluto, que su historia jurídica se diluya en una historia económica o social con carácter diletante. Frankfurt fue especialmente propicio a la recuperación de este discurso de izquierdas que contemplaba la ilustración no como solución sino como un lugar problemático y que, además, conjugaba, en una relación mucho más compleja que una mera dialéctica materialista, los factores económicos con otros de carácter social y cultural. A la Escuela de Frankfurt, con Adorno como figura señera, se le ha de reconocer tal mérito y, desde el campo jurídico, a figuras como Rudolf Wiethölter, quien puso sobre la mesa, por expresarlo en términos habermasianos¹⁹, el «escepticismo frente al abstracto universalismo de la Ilustración». Es necesario subrayar que precisamente Theodor W. Adorno, con su escrito *Was bedeutet Aufarbeitung der Vergangenheit?*, fue uno de los primeros en enfatizar sobre la necesidad de enfrentarse al pasado nacionalsocialista. Por tanto, esta corriente materialista fue, a mi juicio, especialmente fructífera.

Más críticas son las consideraciones de Stolleis sobre otra importante corriente metodológica que entre nosotros empieza a tener cierto eco, me refiero a la *Begriffsgeschichte*, representada en el ámbito filosófico por Joachim Ritter, y por Reinhart Koselleck desde una perspectiva más histórica. Buen ejemplo de ello también es la obra de Oliver Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung: Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*²⁰. Esta corriente partiría de la existencia de palabras con «una mayor dignidad»²¹, los conceptos, que «justo a causa de su ambigüedad pueden transportar, como barcos, la variada y rica

¹⁸ M. STOLLEIS, *Escribir la historia del derecho*, op. cit., p. 8.

¹⁹ J. HABERMAS, «Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter», en *Kritische Justiz*, 1989, pp. 138-146. El libro de Wiethölter, *Rechtswissenschaft* (Frankfurt, 1968) fue casi un bestseller en los años sesenta como forma de dismantelamiento de no pocos mitos jurídicos. Existe traducción española con el curioso título de *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Madrid, 1991.

²⁰ O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung: Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München, 1994.

²¹ M. STOLLEIS, *Escribir la historia del derecho*, op. cit., p. 15.

carga del tiempo»²². Según Stolleis, los conceptos, aunque se definan justo en sentido contrario a como lo hacía la Ilustración o el pensamiento más metafísico, son «palabras dependientes del contexto y necesitadas de interpretación»²³. Aunque se trata de una obra que ofrece una enorme cantidad de información y reflexiones sugerentes, la debilidad de los presupuestos metodológicos de la historia de los conceptos se hace especialmente patente en el citado trabajo de Oliver Lepsius, quien parte, sin mayor justificación, de la idea —que así formulada bien podría ser calificada como decimonónica— de que el «derecho presupone conceptos» y que, por tanto, para comprender adecuadamente la época final de la República de Weimar y la «toma de poder» de Hitler, una aproximación adecuada sería realizar un estudio diacrónico de cómo se han modificado tales conceptos. El problema, obviamente, proviene de cómo seleccionamos unos conceptos y desechamos otros. Se descartan términos como Estado o derecho, porque, a juicio del autor, serían conceptos eternos que no mostrarían más que continuidades y se centra en cuatro —el número no es metafórico—: «pueblo, comunidad, raza y *Führer*». El criterio de su elección, ser las palabras claves del nacional-socialismo. La selección, en este caso, es cuando menos llamativa²⁴; al escoger conceptos tan claramente impregnados por la lógica nacional-socialista, parece que no toma la suficiente distancia frente al objeto de estudio.

Por último, de ordinario, el historicismo ha ido acompañado de la idea de progreso, de la construcción de una idea evolutiva que nos conduce hacia un final concreto y determinado. El historicismo presupone un espacio de experiencias (*Erfahrungsraum*) unido al pasado y un horizonte de expectativas (*Erwartungshorizont*) que se determina de cara al futuro²⁵. El pasado, por tanto, se constituye, en cierto sentido, en el futuro, bien de forma negativa, como negación o superación de lo acontecido, bien, en un sentido positivo, como continuidad y culminación del presente. En última instancia se trata de crear el tracto histórico por medio de una continuidad exagerada, artificial y, a la postre, inexistente. La elaboración del discurso histórico no es tarea sencilla si no se sabe a ciencia cierta a dónde vamos a llegar o queremos llegar —pero me temo que hay que asumir ese riesgo—. Aún más si la historia o su forma de hacerla no tiene un carácter aleccionador o normativo. Lleva razón Stolleis en que «la idea de participar en el progreso constituye una agradable droga para el espíritu de trabajo y para la psique»²⁶. No es habitual, hoy en día, obviamente que se siga creyendo en una filosofía de la historia de carácter hegeliano que apunte dialécticamente o

²² M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 8.

²³ M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 15.

²⁴ O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung: Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München 1994, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

²⁵ T. GIL, *Kritik der Geschichtsphilosophie*, Carl Ernst Poeschl Verlag, 1993, p. 16.

²⁶ M. STOLLEIS, *Escribir la historia del derecho, op. cit.*, p. 14.

de otro modo hacía una meta o finalidad más o menos difusa. Pero sí que podemos encontrar historias finalistas, a veces animadas por las mejores intenciones, que tratan de (re)construir la arqueología de los derechos humanos —dice Stolleis—, la continuidad del *ius commune* y con ello la esencia de algo llamado Europa, o bien —y esto es, en cierto sentido, una autocrítica— el análisis de los movimientos totalitarios del siglo pasado que conduciría irrevocablemente hacia la democracia actual, impoluta, limpia y victoriosa. La idea de progreso, por tanto, se ha secularizado, se ha desmaquillado y se ha desprendido de cualquier voluta barroca y nos la encontramos incluso en los fines emancipatorios más laudables.

Entonces, ¿cómo escribir la historia jurídica? ¿Cuál es la propuesta por la que aboga Michael Stolleis y que se plasma en el libro que se prologa? De lo expuesto se desprende en parte cómo se ha de concebir la construcción del discurso histórico realizado por Michael Stolleis y cuáles son los presupuestos que subyacen a su trabajo. Pero él mismo los explicita en varios lugares de sus publicaciones.

Como es sabido, Richard Rorty acuñó el término *linguistic turn*, con el que hacía referencia al cambio de enfoque que, a partir de Wittgenstein, se había producido en muchos sectores de las ciencias sociales²⁷. Precisamente, una de las consecuencias directas de tal enfoque es la disolución de la diferencia tajante entre «palabras y cosas (o hechos)»²⁸. Es innegable que los hechos históricos existen (o han existido), pero, en la mayoría de los casos, conocemos esos hechos por medio de la interpretación. No hay hechos en sí, sino tan solo interpretaciones de los hechos por medio del lenguaje²⁹. Roland Barthes lo expuso de forma casi idéntica: «El hecho no tiene nunca una existencia que no sea lingüística»³⁰. El conocimiento del hecho histórico deviene mera interpretación. Esto supondría que la elaboración de la historia es idéntica al ejercicio de la creación literaria, y, por ello, que la objetividad fáctica se diluye en la imprescindible labor hermenéutica que comenzaría ya con la elección del tema de investigación, continuaría con la selección de las fuentes, seguiría por su lectura y, en puridad, no acabaría ni siquiera cuando se plasma en el tratado o la monografía histórica, pues el lector comenzaría de nuevo el ciclo. Stolleis no lleva las cosas tan al extremo —o de modo tan coherente, según se mire—. Si bien los objetos son mudos y requieren de interpretación, se trata de «dulcificar esta tesis mediante un cierto pragmatismo. No todo ha de ser comprobado de nuevo. No todo es tan inseguro»³¹. Se habla de «evidencias», se cita a Leibniz y a su «luminosa certidumbre», se echa mano de la «persona cultivada e

²⁷ R. RORTY, *El giro lingüístico*, Madrid, *op. cit.*, 1990, p. 47.

²⁸ M. STOLLEIS, *Escribir la historia del derecho*, *op. cit.*, p. 17.

²⁹ «Todas esas huellas precisan de interpretación, una interpretación cuyo marco teórico debe ser trazado de modo que permita “descifrarlas”», M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 18.

³⁰ R. BARTHES, *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*, Barcelona, 2015, p. 205.

³¹ M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 19.

instruida», de que «nadie razonable o informado duda del asesinato de Carlomagno o incluso, como cierto colectivo ilustrado pretendía triunfalmente tener que reprocharme, el Holocausto»³². El reconocimiento de tales evidencias no disuelve, en este caso, la necesidad de interpretación; las evidencias, al igual que las cosas, no dejan de ser mudas, el pasado no deja de ser «irrecuperable», lo que Stolleis subraya, simplemente y me parece que con gran probidad científica, es que no tenemos que volver a demostrar las evidencias una y otra vez; si tal cosa fuera necesaria no podríamos ni vivir ni escribir historia. Es necesario tirar por la borda de la zaherida embarcación histórica el «*wie es eigentlich gewesen*» [como realmente fue] de Leopold Ranke es, más bien, como afirmó Barthes, «toda enunciación supone su propio sujeto, ya se exprese el sujeto de manera aparentemente directa, diciendo yo, o indirecta, designándose como él, o de ninguna manera, recurriendo a giros impersonales»³³.

Stolleis, obviamente, se encuentra más cerca de esta segunda aseveración que de la primera. Su coherencia con el giro lingüístico es alta. Pero establece, no obstante, algunas barreras para no caer en un relativismo absoluto y hacer desaparecer el relato histórico en la mera literatura, y ello, quizá precisamente, por su fina sensibilidad literaria. Se pueden señalar algunas diferencias: «el historiador está sometido a reglas metodológicas especiales»³⁴, cuya «hipótesis, a diferencia de la novela, debe estar siempre dispuesta a ser falsada cuando aparezcan otros testimonios “mejores”», su «lenguaje ha de ser tan claro y verificable como sea posible, que por tanto se modere en el empleo de metáforas, hipérbolos y paradojas, y de ese modo queda por principio abierto a la verificación o falsación». A partir de estos presupuestos metodológicos —bastante modestos y parcos— se formula esta historia del derecho constitucional; no se trata, como pensaba yo ingenuamente, de mera descripción de fuentes, revistas, doctrinas, manuales, etcétera.

2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA INTRODUCCIÓN AL DERECHO PÚBLICO ALEMÁN

El lector encontrará en este libro una historia de la ciencia del Derecho público. Esta afirmación requiere de una breve explicación. En primer lugar, la obra no aborda una historia del Derecho público, es decir, del conjunto de normas que en un arco histórico —desde el siglo xvi hasta el xxi— habrían regulado un territorio concreto —y relativamente variable— que, en la actualidad, vendría a coincidir con lo que conocemos por la República Federal de Alemania. No es solo una historia sobre el viejo e inválido derecho alemán. Se trata de la «observación e investigación del pensamiento, de los discursos orales y escritos» que los

³² M. STOLLEIS, *op. cit.*, pp. 19-20.

³³ R. BARTHES, *El susurro*, *op. cit.*, p. 19.

³⁴ M. STOLLEIS, *op. cit.*, pp. 21, 24 y 25 respectivamente.

juristas han hecho sobre el Derecho público. Se trata de «una historia de la literatura del registro científico, de la penetración dogmática y de la sistematización del Derecho público»³⁵. Esa vida científica e intelectual pivota de una forma nuclear —que quizá sea difícil de aprehender para nosotros— sobre las universidades, donde se produce tal ciencia del derecho por medio de distintos medios de comunicación entre juristas, como puedan ser las tesis, los manuales, las revistas jurídicas, las lecciones magistrales o las discusiones bien de carácter dogmático o, a veces, con fuertes connotaciones e influencias políticas. No se trata, sin embargo, de una historia de las ideas o simplemente de los discursos teóricos sobre el derecho, sino, más bien, de una «historia social de las ideas», en este caso jurídicas, que se entrelaza con «una historia política, social y la convencional historia de las ideas». En ella el Estado y su conformación, modificaciones y transformaciones —y en cierto grado su disolución de la hoy que somos testigos— juegan un papel fundamental. Se trata, pues, primordialmente de una historia de la ciencia jurídica.

De otro lado, el Derecho público; «una fórmula variable» que se moldea dependiendo del momento histórico. Stolleis, como ya ha quedado aquí señalado, no es partidario de la *Begriffsgeschichte*³⁶, por tanto, no se intenta construir una historia solo por medio de tales conceptos. Llama la atención, no obstante, cómo esas palabras que nos acompañan a lo largo de la lectura de esta obra van modificando sus contornos y sus énfasis por medio del discurso y las prácticas de los juristas. En un primer momento, el Derecho público crea una mixtura con el Derecho privado, posteriormente parece convertirse en derecho internacional y derecho natural, luego casi se confunde con la idea de derecho político de la que, posteriormente, se desprende e independiza por medio del sector del derecho administrativo. Finalmente, al menos en Alemania, que es el caso que nos ocupa, termina convirtiéndose en derecho constitucional, un derecho constitucional que, de nuevo, se diluye para volver a borrar las barreras entre el Derecho público y el Derecho privado con la llegada de la época de la europeización, internacionalización y globalización. Dicho brevemente: se ofrece un recorrido por el derecho internacional, por la filosofía del derecho, por el derecho administrativo o por el derecho político o constitucional, según época y enfoques. Pero no se trata de disciplinas completamente independientes, sino que, por medio de la expresión Derecho público, el autor muestra claramente los canales de comunicación existentes entre ellas y cómo lo que ayer pesaba más hoy prácticamente se constituye en historia. Tampoco se emplea el concepto «Derecho público» como un molde construido en la actualidad que se

³⁵ Véase *infra*, p. 42.

³⁶ Es desde luego extraña la definición de concepto como palabra discutida y, a la vez, irrenunciable que ofrece Koselleck y que ejemplifica, precisamente, con la idea de Estado. R. KOSELLECK, «Stichwort: Begriffsgeschichte», en R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten*, Suhrkamp, 2006, p. 99.

superpone anacrónicamente al pasado para desentrañar sus secretos. Por tanto, Derecho público es fórmula variable.

Moldeable es igualmente el ritmo del libro. Quizá sea una cuestión de percepción, pero rápida es la descripción en aquellos capítulos dedicados a los siglos XVI-XIX, mientras que pausada y bastante más detallada se presenta la del XX, un siglo lleno de acontecimientos importantes para la idea del Estado y del Derecho público, tales como la República de Weimar, el nacionalsocialismo, la división de Alemania, la construcción y reconstrucción, una y otra vez, de la Unión Europea. Me parece que no solo es cuestión de acentos y percepciones. A solo un siglo, el XX, se le dedican más de la mitad de páginas, mientras que los otros cuatro se han de conformar con el resto. No es, me parece, un error; personalmente encuentro un acierto que una introducción de esta índole, pensada para aquellos que se quieren acercar al tema, ponga el foco en ciertos aspectos que por la cercanía temporal puedan ser de mayor interés³⁷. Precisamente, esa proximidad temporal, esa «falta de perspectiva histórica» —por decirlo con una expresión que ya de por sí se delata por proponer un ocultamiento— podría ser aducida por algún lector en relación con la última parte de su libro, aquella que se ocupa sobre la globalización, la reunificación y, en definitiva, los tiempos actuales. Stolleis, en otro contexto —en referencia a los acontecimientos del nacionalsocialismo—, ya ha ofrecido argumentos en contra de este viejo prejuicio histórico según el cual «es demasiado pronto para hablar de...». Si bien es verdad que se requiere cierta distancia respecto de los acontecimientos históricos para analizarlos con cierto grado de objetividad, y que aquella se ha de incrementar más cuando aquellos están henchidos de disputas ideológicas, quizá una década de distanciamiento sea suficiente; en última instancia, se trata de que las experiencias vitales que nos conforman no se mezclen con el periodo histórico que se analiza. Es más, cuanto más se pospongan los análisis históricos objetivos y más yermo de estudio se mantenga un campo de trabajo, menos maduro estará tal objeto y con más dificultad será comprensible históricamente³⁸. Ya es hora de abordar temas como el Derecho público de la extinta RDA, al que se dedican serias y rigurosas páginas en este libro³⁹, o bien asuntos como la globalización y la internacionalización del Estado-nación.

Igualmente se puede afirmar que los periodos o épocas en que se estructura el libro no son entendidos de forma cerrada. Esto se nota

³⁷ Hubiera sido posible hacerlo de otro modo y conceder menos peso al siglo XX, este es el caso de Willoweit, quien, en un libro de un centenar de páginas y concebido con similar carácter a este, tan solo le dedica una veintena de páginas, D. WILLOWEIT, *Reich und Staat. Eine kleine deutsche Verfassungsgeschichte*, München, C. H. Beck, 2013, sobre el siglo XX, pp. 97-122.

³⁸ M. STOLLEIS, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus* (existe traducción al inglés y francés: *Law under the Swastika*, Chicago, 1997; *Le droit Sous la croix gammée*, Suhrkamp, Lyon, 2016, 1994, p. 45).

³⁹ Ya se había dedicado anteriormente un trabajo monográfico a este asunto. M. STOLLEIS, *Sozialistische Gesetzlichkeit*, Beck, 2009; véase al respecto mi reseña en el *Anuario de Filosofía del Derecho*.

especialmente en el inicio del libro, pues aunque el subtítulo reza «desde el siglo XVI al XXI» se nos ofrecen algunas pinceladas del abigarrado panorama de superposición de derechos que existían anteriormente y como este se va progresivamente modificando hasta constituirse en un derecho constitucional imperial. Igualmente se establecen conexiones, comparaciones, continuidades entre las distintas épocas que lejos de caer en el análisis anacrónico subrayan aquellas tendencias o problemas recurrentes que, en última instancia, juegan un papel fundamental en el derecho constitucional de un Estado o de un conjunto de Estados.

Así, si mantenemos en mente esa partición intuitiva del libro, podemos resumir con algo más de detalle algunos de los estadios que lo articulan.

2.1. La descripción de la caída del derecho romano y la aparición de un derecho constitucional del imperio

La imagen de un *ius commune* dominante ha servido, incluso con matizaciones, a la construcción de una cultura jurídica homogénea y sin apenas saltos de comunidad que conduciría sin solución de continuidad de Bolonia a la Unión Europea. Quizá Helmut Coing ha sido uno de los grandes constructores de este mito y Bartolomé Clavero uno de sus grandes críticos⁴⁰. Stolleis, por su parte, no desea proyectar, a mi juicio, ni la idea de un *ius commune* homogéneo ni la idea de un Estado, en sentido moderno; más bien muestra precisamente lo contrario en estas primeras páginas, el surgimiento de una labor de zapa y derribo del derecho romano por una serie de actores diversos que atienden igualmente a razones de distinto tipo. Por otra parte, se matiza que en la Baja Edad Media se pueda hablar solo de administración en un sentido limitado y mucho menos de derecho administrativo. Este cuidado con los conceptos que no están vaciados de contenido es característico de esta obra. De un lado, una importante modificación de circunstancias materiales (aparición de ejércitos de mercenarios, avance de una burguesía enriquecida, comerciantes que entran en el tráfico mercantil)⁴¹; de otro lado, cambios menos materiales, como la Reforma protestante, la filología humanista, habrían derrocado también al viejo derecho. En definitiva, el derecho romano había devenido obsoleto y poco útil para los nuevos tiempos, lo que hace que empiece a conformarse una constitución del imperio, fundamentada en textos tales como la Bula de oro, el Tratado de Paz Perpetua, la Paz de Ausburgo y el Tratado de Paz

⁴⁰ H. COING, *Von Bologna bis Brüssel. Europäische Gemeinsamkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Köln, Verlag Josef Eul, 1989. Una buena crítica a este modo de construir la historia en B. CLAVERO, «¿Qué historia, para qué Constitución, de qué Europa?», en *Revista de Estudios Políticos*, enero/marzo, 2004, pp. 101 y ss. También mi texto «*Ius commune* e identidad europea: el ocaso de un mito», en *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*, núm. 9, 2006, pp. 185-208.

⁴¹ Véase *infra* p. 51.

de Westfalia, los recesos imperiales y la *Constitutio Criminalis Carolina*. Todo ello viene a conformar el *ius publicum* del sacro imperio. En esta primera parte del texto se enfatiza especialmente sobre la importancia que la mentalidad protestante ejerció en la formación de tal derecho, pues, a diferencia del sector católico, invertía fuerzas y conocimientos —tomados curiosamente del derecho romano y de la filología humanistas— en la interpretación de los textos⁴².

2.2. La aparición de un derecho internacional y del derecho natural

La consolidación del derecho del imperio chocaba con la inexistencia de un Estado-nación fuerte como sucedía en el resto de Europa. Además se sigue manteniendo, lo que es una constante en esta obra, la importancia de las universidades para la producción del Derecho público: las católicas en esta época sometidas a vigilancia, y las protestantes así como las academias de nobles con una dedicación más intensa sobre la constitución del imperio⁴³. Ello causa no solo especificidades en el *ius publicum*, sino, también, en relación con el surgimiento de dos nuevas disciplinas que van de la mano, el derecho internacional y la filosofía del derecho. Aquí el retraso alemán contrasta con los avances que se producen en el seno de la segunda escolástica española y en las obras de los tratadistas holandeses. Las cuestiones teóricas sobre la guerra están inevitablemente acompañadas sobre su justificación —o crítica—; ello, unido a la cuestión colonial hace que, en sus inicios, derecho internacional y filosofía jurídica estén entrelazados. Es curioso, en este sentido, la desaparición del análisis de las universidades alemanas en este capítulo; simplemente se constata que se limitan a ser meros comentaristas del famoso texto de Grocio. Habrá que esperar a la llegada de Leibniz, Thomasius y Kant para que el derecho alemán recupere la fuerza perdida. Esta parte del análisis de Stolleis, como no puede ser de otro modo para una introducción de este tipo, es demasiado sencilla si se la compara con los datos y reflexiones que se ofrecen en otros apartados del texto, sobre todo en aquellos que se ocupan del siglo xx. Un lector con intereses más científicos y detallados siempre puede consultar la *Historia del Derecho público alemán*.

El análisis en el marco doméstico es más pormenorizado. Interesante —y adecuado— es la ausencia de referencia al Estado a favor del municipio en un primer momento y del príncipe feudal posteriormente, quien incrementa la densidad normativa en relación proporcional al aumento de su monopolio de poder. De los «espejos de matrimonio» o para el príncipe se pasa a los libros de formularios, destinados a abogados y notarios, que al no conservarse más en pergamino conllevan estabilidad, racionalización y estandarización. Se entretejen pues, de nuevo, argumentos materiales y políticos para explicar el surgimiento de un

⁴² Véase *infra* p. 63.

⁴³ Véase *infra* p. 71.

incipiente «derecho de policía», que se hacía necesario más allá del derecho constitucional del imperio o del derecho natural e internacional. Posteriormente, la obra de Robert von Mohl, ya en el siglo XIX, plasma sistemática y científicamente tales realidades.

En última instancia se trata de una juridificación de toda una sociedad —como afirma Stolleis— que pasa por cuatro tendencias: la pérdida de influencia de la religión, la centralización del poder en el Estado, el avance de Estados individuales en detrimento del imperio y el paso hacia el dualismo prusiano-austriaco que se produce durante los siglos XVIII y XIX.

2.3. El largo siglo XIX

La Revolución francesa, cuyos ecos llegan ciertamente amortiguados a Alemania, hace que hasta bien entrada la mitad del siglo XIX no se pueda hablar de un Estado en sentido moderno. La caída del viejo imperio y el surgimiento de la Confederación germánica, la desaparición de un buen número de facultades a inicios del siglo, el control ejercido por Metternich ralentizan sobre manera la llegada de un Estado moderno. No obstante, la idea de Estado termina imponiéndose: el monarca se convierte en «órgano de la persona jurídica del Estado», el parlamento comienza a tener una función legislativa y, finalmente, en 1862, también controla los presupuestos⁴⁴. Sin embargo, solo en los Estados del sur se desarrolló claramente el derecho administrativo (Baviera, Baden y Württemberg); obviamente en Prusia y Austria existía una importante administración, por lo que la literatura sobre Derecho público era abundante⁴⁵, aunque la política de Metternich hacía que fuera imposible un debate académico libre.

La revolución postergada a inicios del siglo XIX intentó renacer en 1848 en la Paulskirche. Los académicos estaban cada vez más politizados, buen ejemplo de ello fueron las sanciones a los siete profesores de Göttingen en 1837⁴⁶. Stolleis dedica un breve capítulo (el VI) a esta asamblea constituyente que concluyó en fracaso, aunque su concepción de «los derechos fundamentales del pueblo alemán» influyó en buena medida en la Ley Fundamental de 1949⁴⁷. Frente a las demandas políticas la solución propuesta no puede ser más tradicional: se opta por la reivindicación de la científicidad y del positivismo para alejar el ambiente revolucionario.

⁴⁴ Véase *infra* p. 95.

⁴⁵ Véase *infra* p. 96.

⁴⁶ R. THADDEN, *Die Göttinger Sieben ihre Universität und der Verfassungskonflikt* (1987); y BLANKE/KAMP/SCHÖNE/SELLERT/THADDEN, *Die Göttinger Sieben: Ansprachen und Reden anlässlich der 150. Wiederkehr ihrer Protestation* (1988). Y también las explicaciones proporcionadas por Okko Behrends en las notas de la obra R. JHERING, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, Göttingen, Wallstein Verlag, 1998, p. 40, nota 25.

⁴⁷ Véase *infra* cap. VI.