

## CONTINUIDADES Y DESARROLLOS EN EL DERECHO PÚBLICO ALEMÁN \*

Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad Nacional de Educación a Distancia  
ignacio.gutierrez@der.uned.es

El Reichstag ardió en la noche del 27 de febrero de 1933. Su imagen en el verano de 1995, cubierto por el gran embalaje que programaron los artistas Christo y Jeanne-Claude antes de su restauración como sede del Bundestag, aparece en la portada del tercer volumen de la *Historia del Derecho público en Alemania*, dedicado por Michael Stolleis a la República de Weimar y al período nacionalsocialista. La provocación artística, a juicio del autor, catalizó reflexiones históricas respecto de los acontecimientos de las tres décadas, entre 1914 y 1945, que comprenden la primera mitad del breve siglo XX. Stolleis consagrará un cuarto volumen a su segunda mitad, que, como es sabido, alcanza en Alemania sólo hasta el 3 de octubre de 1990.

En su *Historia del Derecho público* no narra Stolleis los procesos y los acontecimientos políticos, menos aún los desarrollos económicos y sociales; ni siquiera, al menos en primer término, se ocupa del análisis diacrónico de las normas fundamentales que, con éxito bien diferenciado, procuraron encauzar todo ello. El Derecho público es aquí visto como una disciplina académica, un fragmento de vida intelectual objetivado en publicaciones. Ello en absoluto reduce el interés de la obra, tampoco para el lector profano en la materia. Y no sólo porque la ciencia del Derecho esté igualmente encarnada en profesores entrelazados por variadas relaciones personales y *de escuela*, que se desenvuelven fundamentalmente en Universidades, asociaciones profesionales y consejos editoriales de revistas científicas. Stolleis

---

\* Comentario al libro de Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, Sonderausgabe, München, Beck, 2002 (el primer tomo de su *Historia del Derecho público en Alemania* había alcanzado hasta 1800, el segundo comprendía el dilatado siglo XIX). El autor es catedrático de Derecho público en la Universidad de Frankfurt am Main desde 1974 y director del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte desde 1991. Pueden citarse entre sus publicaciones más recientes, que ponen de manifiesto la singularidad de su vocación intelectual, *Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von «Begriff» und «Tatsache»*, Baden-Baden, Nomos, 1997; *Der menschenfreundliche Ton. 24 Kalendergeschichten von Johann Peter Hebel mit kleinem Kommentar*, Frankfurt a. M., Insel, 2003; *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*, München, Beck, 2004.

proporciona y analiza cuantos datos pudieran resultar relevantes para el desarrollo de la disciplina en el período considerado, dando cuenta de las circunstancias objetivas que condicionan este proceso de institucionalización científica, pero también de conflictos humanos, avatares personales o rasgos de carácter. El tratamiento de todo esto, con un abrumador dominio de las fuentes, resulta plástico y cercano; el texto, de extraordinario valor documental, consigue así cautivar al lector, también merced al sobrio estilo expositivo.

## I. LA VIGENCIA DE LOS CLÁSICOS

Pero ocurre, además, que las ideas engendradas en aquellos años continúan viviendo entre nosotros, por añadidura con la eficacia normativa que les atribuye su incorporación a cuantas Constituciones se aprueban a partir de 1945; entre ellas, tardíamente, la española de 1978. El formidable reto de dotar de consistencia teórica a la nueva tarea de *formar democráticamente unidad política conforme a Derecho en el marco de un Estado federal* se planteó entonces en circunstancias tan difíciles que estimularon extraordinariamente a Schmitt, Smend, Heller o Kelsen. El perfil de sus concepciones sigue vigente en los mismos términos en los que fue originariamente trazado, aunque la imagen del Derecho público haya sido objeto de diversas, no siempre afortunadas, restauraciones. El drama de la República de Weimar en absoluto documenta, como es sabido, un déficit doctrinal.

A Hans Kelsen se atribuye la paternidad de la concepción europea de la jurisdicción constitucional; por más que los actuales Tribunales constitucionales de Italia, Alemania o España, inspirados en el modelo austríaco que él trazara, hayan desarrollado su jurisprudencia por vías alejadas de la concepción kelseniana del Derecho. Siendo conocidos sus presupuestos metodológicos fundamentales desde el escrito de habilitación (1911), la publicación de la *Teoría general del Estado* en 1925 constituyó, indica Stolleis, una *provocación* que determina en buena medida el subsiguiente debate sobre el método, la célebre *Methodenstreit* escenificada en las reuniones de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*) entre los años 1926 y 1931. En 1930 dejó Kelsen Austria, cuya República ya derivaba hacia el régimen de Dollfuß, y el *círculo de Viena* que se había formado en torno a él, no ajeno a otros contemporáneos y más célebres, se deshizo progresivamente. Su exilio en 1933 facilita seguramente que la influencia de Kelsen se extienda sobre la Filosofía del Derecho de todo el mundo; quizá sea también responsable de su atenuada recepción en la dogmática alemana ulterior.

De modo similar, Hermann Heller, que acuñó la expresión y el concepto del *Estado social de Derecho*, tiene en el Derecho político español un eco del que carece en la propia Alemania. Allí se reconocieron desde un principio su valía intelectual y su capacidad polémica, que naturalmente, como apunta Stolleis, le granjeaban no sólo amistades. Su inserción en una academia conformada en la época imperial, para la que la revolución de 1918 apenas supuso cambios sustanciales, tampoco se veía favorecida por el origen judío y las posiciones que Heller adoptaba como socialista comprometido, que le arrinconaban en un extremo del espectro político. Su exilio español en 1933 y su prematura muerte en Madrid le dejaron sin discípulos directos en Alemania, por más que su comprensión de los presupuestos materiales y culturales de la homogeneidad social como condición del proceso democrático fuera pronto asumida como *enseñanza* de la guerra mundial y convertida en dogma por la Ley Fundamental de Bonn. En castellano, entretanto, su *Teoría del Estado* ha tenido una difusión extraordinaria: el número de reimpresiones que ha alcanzado la temprana traducción de Luis Tobío, publicada por el Fondo de Cultura Económica, no admite comparación con ninguna otra obra de Derecho político. En España, una parte importante de los profesores de Derecho constitucional, vinculados directa o indirectamente a Carlos Ollero, compartimos como *rasgo de escuela* el legado de Heller, fundamentalmente concretado en la atención a la realidad histórica y la concepción del Estado como organización.

Rudolf Smend comenzó a desarrollar en torno a 1919 su *teoría de la integración*. El ingrediente nacionalista y plebiscitario con el que alinea los presupuestos de la estatalidad resulta difícilmente dissociable del contexto insatisfactorio que proporcionaba la democracia de partidos en la República de Weimar; en los años de la barbarie nazi mantuvo, como tantos otros, un discreto *exilio interior*. La *teoría de la integración*, más estrictamente como *teoría de la Constitución*, resultó luego no sólo apta para orientar la interpretación de la Ley Fundamental de Bonn, sino incluso idónea para refundar la República sobre los escombros físicos y morales dejados por la guerra: desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ve en los derechos fundamentales el *sistema de valores* sobre el que se asienta la nueva República Federal, hasta el *patriotismo constitucional* de Habermas, todos los intentos de apuntalar dogmáticamente el Estado democrático de Derecho a despecho de la reciente historia alemana encuentran en Smend referencia privilegiada. Entre sus discípulos (Herbert Krüger, Ulrich Scheuner, Horst Ehmke...) quizá quepa destacar la influencia de Konrad Hesse, cuya escuela en Alemania se multiplica en primera (Alexander Hollerbach, Peter Häberle, Friedrich Müller, Hans Peter Schneider...) y segunda generación.

De los grandes nombres del período estudiado, Carl Schmitt es quien más conocido resulta, en Alemania como en España, también fuera del

ámbito específico del Derecho público. Huella particular ha dejado su capacidad para reducir a *tipo ideal* el constitucionalismo liberal decimonónico. No pocos consideran *vigentes* las descripciones schmittianas del *principio de distribución* entre sociedad y Estado, garantizado por una precisa concepción liberal de los derechos fundamentales; del concepto de Ley adecuado al Estado de Derecho, y de la consecuente naturaleza de la función jurisdiccional; de la configuración ideal del régimen representativo y parlamentario. Como si no hubieran sido concebidas y cuidadosamente dispuestas como fetiches a los que oponer más fácilmente, con un método polémico de fuerza indudable, sus propias concepciones del Estado totalitario y de la sociedad identitaria, de la decisión como norma y del principio de autoridad, de la *democracia* plebiscitaria y de la dictadura. Nada cambia en esto el hecho de que, desde finales de 1936, él mismo fuera víctima de las *intrigas palaciegas* que tanto proliferaron en el régimen nacionalsocialista y, por supuesto, en la Universidad de la época. La influencia ulterior de Schmitt se despliega, en primer lugar, a través de discípulos directos como Ernst Forsthoff y Werner Weber, que a su vez forman a los influentes Karl Doehring y Hans Schneider. Ernst Rudolf Huber se habilita asimismo con Schmitt, aunque su trayectoria en la época nacionalsocialista y su dedicación posterior a la historia constitucional bien merecieran un capítulo propio. *Schmittiano* es también, por ejemplo, a la vez que católico y socialdemócrata, Ernst-Wolfgang Böckenförde, cuyos discípulos son numerosos.

Fuera de estos grupos quedan, naturalmente, nombres importantes; no sólo Hugo Preuß, cuya participación en la elaboración de la Constitución de Weimar es conocida, o Heinrich Triepel, el impulsor de la Asociación de profesores alemanes de Derecho político, la célebre *Vereinigung*. También algunos otros juristas, activos en aquella época, cuya trayectoria personal y académica la trasciende. De un lado, porque, tras la guerra mundial, a una indiferenciada *desnazificación* inicial siguió la refundación de la República de Adenauer sencillamente sobre los escombros del pasado, sin buscar nuevos cimientos; así pudieron mantenerse en activo algunos de los que, como Otto Koellreutter, Hans Gerber, Theodor Maunz o Hans Peter Ipsen, se habían integrado en el régimen nacionalsocialista. Pero muchos habían seguido en los años oscuros ejerciendo su trabajo desde un cierto distanciamiento, incluso se refugiaron en un exilio interior más o menos incómodo (Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Gerhard Wacke, Hans Peters, Friedrich Giese, su discípulo Hans Wolff, así como los mencionados Triepel y Smend...). No pocos, en fin, se vieron forzados a emigrar por razones políticas o raciales, sin que ello excluyera su influencia posterior: entre ellos, y en fases diferentes, Walter Jellinek, Hans Nawiasky, Gerhard Leibholz (cuya teoría de la representación ciertamente tampoco había concordado

con el parlamentarismo de la República de Weimar) o Erich Kaufmann (que había mantenido respecto de Weimar un abierto rechazo). Sobre todos ellos informa amplia y documentadamente Stolleis; sin falsas pretensiones de imparcialidad, pero también subrayando que una reconstrucción «racional» *a posteriori*, bajo la perspectiva de las valoraciones actuales, resulta ajena al horizonte de problemas y de experiencias con los que contaban los interlocutores de aquel tiempo.

## II. LAS CONTINUIDADES EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

No es el contexto específicamente jurídico-constitucional el que determina esta *floración* de la ciencia del Derecho público. Es cierto que la guerra de 1914 supuso una cesura decisiva en la vida europea, muy especialmente para Alemania. Pero los dramáticos acontecimientos revolucionarios que tuvieron lugar entre noviembre de 1918 y el 31 de julio de 1919 (votación final de la Constitución del Reich), percibidos como un trauma, tuvieron más bien como efecto que el nuevo régimen político buscara asentarse sobre las bases institucionales del anterior; algo quizá inevitable en un primer momento, pero que también pudo contribuir a las dificultades que hubo de padecer la República de Weimar. La revolución tampoco dio lugar a purga alguna en la Universidad, y los profesores conformados por el régimen imperial, mayoritariamente asentados en posiciones conservadoras y nacionalistas, continuaron en la nueva fase desarrollando su tarea con comprensible distanciamiento. Un peso relevante recae en 1918 sobre juristas relativamente jóvenes, entre los cincuenta y un años de Anschütz o los cincuenta de Triepel y los treinta y siete de Kelsen, los treinta y seis de Smend o los treinta de Schmitt; pero ello se debe a *causas naturales*.

La ciencia y la realidad del Derecho público sufrieron, pues, una convulsión atenuada. La diferenciación entre Estado y forma política permitió sostener, aunque no de modo unánime, la continuidad de aquél bajo el nuevo régimen republicano, y en todo caso incorporar a la nueva situación, sin cambios de nota, buena parte del caudal de saberes y doctrinas acumulados hasta entonces. El vago positivismo dominante, que no renunciaba plenamente a la argumentación política e histórica, invitaba a la doctrina a procesar las nuevas normas con aséptica distancia, amparada en el arsenal de conceptos elaborados durante el siglo XIX y sin alterar los modos de elaboración dogmática; proporcionaba la ilusión de seguir trabajando, después de 1918, sobre un terreno conocido.

Por lo demás, tras la aprobación de la Constitución de Weimar y el reconocimiento generalizado de su validez, los concretos problemas jurídicos resultan sólo relativamente nuevos. Ahora bajo un texto *de compromiso*

en muchas cuestiones teóricas y prácticas, siguen planteándose, por ejemplo, la relación entre Prusia y el Imperio, las deficiencias del régimen parlamentario y las dificultades para trazar límites jurídicos al poder.

La estructura federal, en efecto, se mantuvo en lo sustancial, aunque ya no se perciba el viejo empeño dogmático por categorizarla. Más interés suscitan las persistentes tensiones entre fuerzas centrífugas y centrípetas, muy especialmente el arduo problema de la relación entre el Reich y Prusia: en Berlín confluían los poderes centrales con los correspondientes a un Estado federado que comprendía dos tercios del territorio y tres quintos de la población total de Alemania, y que se mantuvo regido, hasta el 20 de julio de 1932 (fecha de la suspensión de la autonomía prusiana en el denominado *Preußenschlag*), por una coalición republicana dominada por el partido socialdemócrata.

En segundo lugar, junto con el *principio monárquico* quebró el criterio central de legitimación del poder político; pero, en cierto modo, pudo ser suplantado por la legitimidad plebiscitaria del Presidente. Tal elemento plebiscitario contribuyó, como es sabido, a alentar el juicio insatisfactorio que parecía merecer, por contraposición, el régimen parlamentario; no hay que olvidar que éste había sido erigido a partir del difícil procesamiento de una muy limitada experiencia democrática, y estuvo lastrado en su funcionamiento por la actitud de los partidos, que finalmente provocó su bloqueo tras la muerte de Stresemann en 1929.

En tercer lugar, la disputa sobre la supremacía de la Constitución y su garantía, concebidas como límites al poder del Parlamento democrático, estuvo en especial vinculada a la interpretación de los derechos fundamentales. Éstos constituían la auténtica innovación proporcionada por la Constitución de Weimar y, en la misma medida, campo privilegiado para la discusión metodológica. Pero ni la jurisdicción constitucional ni la eficacia jurídica de los derechos fundamentales lograron, a la postre, imponerse en la Alemania de Weimar.

En definitiva, el texto constitucional no se enfrenta a problemas jurídicos radicalmente nuevos ni está lastrado *ab origine* por los insuperables defectos estructurales que luego se le imputaron. Éstos constituyen, a juicio de Stolleis, sólo construcciones teóricas *ex post*, que se permiten adoptar como perspectiva de análisis un fracaso ya verificado. El desenlace, que los protagonistas difícilmente podían anticipar con mínima exactitud, no es imputable sino a circunstancias políticas, económicas y sociales que impidieron la consolidación de los valores y las reglas no escritos imprescindibles para la formación de unidad política.

### III. LA LIQUIDACIÓN DE LA DISCIPLINA

La cesura introducida el 30 de enero de 1933, con la toma del poder por parte de Hitler, es mucho más profunda. Stolleis detalla, Universidad por Universidad, los cambios en la composición del profesorado: el exilio exterior o interior de muchos, pero también la promoción de las nuevas figuras emergentes, sus desplazamientos, sus intrigas. Por otra parte, Schmitt pudo declarar, en 1934, que «la Constitución de Weimar ya no está vigente»; con ella desaparecían tanto la democracia parlamentaria como el régimen federal y las garantías del Estado de Derecho. El vacío constitucional es colmado por normas de muy diverso género, en la práctica sobre todo por la omnipotente voluntad del Führer y la influencia de un círculo de allegados jurídicamente no formalizado. Nada de ello es susceptible de ser elaborado como *ciencia del Derecho público*, menos aún bajo cualquier idea *constitucional*. Ante el desprecio del régimen hacia la dogmática jurídica y su concepción meramente instrumental del Derecho, el trabajo académico se reduce a registrar y comentar los acontecimientos. En el mejor de los casos, procesa conforme a técnicas tradicionales las normas que, en alguna medida, aparentan ordenar el funcionamiento práctico de ciertas esferas del poder.

A la vista de todo esto, no parece preciso insistir demasiado en la fabulada relación entre el *positivismo dominante* y la instauración del régimen nacionalsocialista. La interpretación de la Constitución había estado fuertemente politizada en muy buena medida al margen de las respectivas posiciones metodológicas; pero, si han de tomarse éstas en consideración, no puede obviarse que el positivismo se encontró progresivamente a la defensiva en el discurrir de los debates teóricos durante la República, mientras que son fáciles de documentar las nítidas tendencias *antirrepublicanas* de ciertos *antipositivistas*. En cualquier caso, el nuevo régimen se mostraba tan interesado al menos en imponer por cualesquiera medios sus *nuevos valores*, como en asegurar el seguimiento ciego (no sujeto a la refinada consideración jurídica de los análisis positivistas) de sus prescripciones: el *Derecho* determinado por los *finés* del nuevo régimen quedaba sin duda por encima de la ley positiva.

### IV. LOS DESARROLLOS PERSISTENTES

Al menos en los primeros, aún inciertos años del período nacionalsocialista tuvieron lugar, sin embargo, renovadas discusiones sobre los fundamentos metodológicos del Derecho público y sus tendencias de desarrollo. Las modestas pretensiones intelectuales que cabía albergar en la nueva

situación y los inocultables intereses personales en juego podrían haber convertido esta reedición de la clásica *disputa metodológica* en la marxiana *farsa*, en *esperpéntico* reflejo. Sin embargo, una más amplia perspectiva histórica permite intuir que no todos aquellos debates carecían de sentido; ello se aprecia cuando se consideran sus formulaciones sobre un fondo de tendencias y elementos que revelan continuidades esenciales, incluso por encima de la dramática cesura que supuso el nacionalsocialismo.

Nos detendremos en dos ámbitos, el cuestionamiento de la posición central del Estado y el desarrollo del Derecho administrativo, que resultan de particular relevancia. Pues, en efecto, el Estado quizá esté dejando de ser hoy el paradigma de toda organización política, pero el fenómeno puede rastrearse al menos desde la época aquí considerada; mientras que los procesos de especialización y renovación del Derecho administrativo se mantienen a lo largo de todo el siglo XX, del mismo modo que prosiguen su marcha los cambios objetivos que los desencadenan.

a) Pese al desarrollo del nacionalismo, ya en el siglo XIX se asientan tendencias que apuntan a la superación de la dependencia del Derecho público respecto del Estado. Ya desde 1918, la *Teoría general del Estado*, codificada por Georg Jellinek en 1900, había dejado de ser el sustento fundamental de la elaboración dogmática. La afirmación de la personalidad jurídica del Estado y la consecuente construcción jurídica no permitían cerrar los ojos a las tensiones que amenazaban la subsistencia efectiva del mismo. Como hemos dicho, el problema de la formación de unidad política en las nuevas circunstancias articula las construcciones de Smend (integración), Schmitt (decisión), Heller (organización) y Kelsen (jerarquía normativa). Significativamente, los dos primeros presentan su obra como teoría de la Constitución, no del Estado, mientras que Kelsen reduce éste a sistema jurídico; también Heller se aparta sustancialmente de las elaboraciones jurídicas tradicionales, para centrarse en los supuestos sociales de la organización estatal.

Tras acceder Hitler al poder, Schmitt perfila la nueva tríada de conceptos en torno a los cuales se desarrolla el debate ulterior: *Pueblo (Volk)*, *Movimiento (Bewegung)* y *Estado (Staat)*. Unos se resisten a diluir éste en vagas ideas comunitaristas, sea creyendo aún posible retornar al viejo arsenal de conceptos de la época del imperio, con el ejército y el funcionariado como columna vertebral del Estado (Helfritz), sea pretendiendo ver realizada en la nueva situación una cierta *idea hegeliana* del Estado (Huber). Para otros (Höhn, Maunz), la superación del liberalismo convierte en innecesaria la construcción autónoma del Estado como persona jurídica; basta con apelar a la *Comunidad (Gemeinschaft)*. Desde 1938, la expansión territorial brinda como alternativa la referencia al *Reich* (Huber), y se manejan igualmente las nociones de *hegemonía* (Triepel) y *espacio de influencia*

(*Großraum*, Schmitt), ajenas a la tradicional centralidad de los Estados en las relaciones internacionales. Entretanto, la evolución interna no deja espacio alguno a la jurificación del poder público: éste ha dejado de guardar correspondencia efectiva con la forma política estatal.

b) La simplificadora contraposición entre Estado y Sociedad había determinado las concepciones centrales de un Derecho administrativo propio del liberalismo decimonónico, que se pretende vigente aún después de la (primera) Gran Guerra; está representado por el manual de Otto Mayer publicado en 1895, cuya segunda edición data precisamente de 1914. Tal formulación de una *parte general* del Derecho administrativo había resultado de dos circunstancias bien precisas. De un lado, la estructura federal del Reich determina la diversidad de las regulaciones administrativas en los distintos territorios conforme a tradiciones bien diferenciadas; y, de algún modo, postula su superación mediante la elaboración científica de conceptos generales. De otro, no existe en ese tiempo una constitución normativa que trace los límites fundamentales de la acción de los poderes públicos y garantice los derechos de los ciudadanos. En tales circunstancias, y una vez *resuelta* la cuestión nacional mediante la fundación del Reich, pasaba a cobrar protagonismo la construcción sistematizadora del Derecho administrativo.

Desde la primera guerra mundial, sin embargo, las circunstancias cambian. Aunque no se aprecien en el Derecho administrativo las convulsiones revolucionarias que afectaron a la forma de Estado y a los fundamentos metodológicos del Derecho político, es evidente un proceso de transformación estimulado por el propio material legislativo y jurisprudencial que la doctrina debe procesar. Se incrementan y diversifican las tareas y las regulaciones administrativas, en términos que convierten la tendencia apreciable al menos desde 1878 en un cambio cualitativo. Se impone así no sólo un tratamiento especializado de los diversos sectores de la regulación, sino también una sustancial revisión de los presupuestos metodológicos generales. En adelante, el reduccionismo de Mayer seguirá influyendo, por ejemplo, en la obra de su discípulo Walter Jellinek (1927); las cristalinas exposiciones de Merkl (1927) están inspiradas por la teoría pura del Derecho; pero estos textos no pueden hacer justicia a un Derecho administrativo que ha cobrado consciencia de ser un *sistema de control y dirección* desarrollado en contextos históricos y políticos precisos, cuyas formas jurídicas resultan conformadas por los acelerados cambios de las tareas que le son asignadas en las sociedades modernas. Así se percibe en los pronunciamientos de Erich Kaufmann, Heinrich Triepel, Ottmar Bühler y tantos otros, que pugnan por atender a la realidad de la Administración.

Ya en el régimen nacionalsocialista, la posibilidad de un *Estado total* que, sin embargo, preservara garantías formales desarrolladas desde el

Derecho administrativo de la época del Imperio se corresponde con el interés político inicial en sostener la ficción de un Estado de Derecho, especialmente con la mirada puesta en el prestigio internacional del régimen. Pero tan efímera preocupación ni siquiera es capaz de acallar a quienes se sienten portavoces del nuevo *Movimiento* destinado a aniquilar el Estado liberal (Schmitt, Forsthoff, Walz). La fórmula del *Estado nacional de Derecho* (*nationaler Rechtsstaat*, Koellreutter) se brinda inicialmente como solución de compromiso; progresivamente, la apelación conjunta al Derecho y al orden público (*Recht und Ordnung*), la arbitraria instrumentalización de formas jurídicas y la libre exclusión del control judicial convierten el debate en superfluo.

Pero ello no significa la liquidación del Derecho administrativo, que continúa desarrollándose según tendencias propias. El propio Forsthoff, acogiendo a tesis formuladas por Schmitt, entiende que persiste la necesidad de una administración burocrática, relativamente despolitizada, en el Estado industrializado de masas. Él mismo se orienta hacia el cultivo del Derecho administrativo; y otros *Staatsrechtslehrer* se refugian en él para eludir temas más comprometidos. No existiendo orden constitucional alguno, el Derecho administrativo constituye el único espacio apto para la aplicación de los específicos métodos consolidados en la tradición del Derecho público en aras a la preservación de cierta racionalidad. La distancia con el Estado de Derecho liberal y su atención a las formas jurídicas debía reflejarse en una consideración privilegiada del funcionamiento efectivo de la Administración pública (Köttgen). Ello sucedía en buena medida al margen de las pretensiones sistematizadoras de una *parte general*, atendiendo a los diversos fines y a las nuevas tareas asignados a la Administración. El enfoque parece justificado en una época de cambios profundos; por más que su efectividad entonces, en la medida en que resultó preservada del caos organizativo que progresivamente supuso el *Movimiento*, fuera colocada al servicio de planes criminales.

## V. LA PERTINENCIA DE UNA NUEVA RECEPCIÓN

Hasta ahora, la recepción en España del Derecho público alemán del período de entreguerras se ha detenido en los protagonistas de las célebres *disputas metodológicas*. Ello podría ser, a primera vista, razonable. Las mejores y más novedosas aportaciones a la Filosofía del Estado y del Derecho en Alemania y las más ajustadas valoraciones sobre los últimos caminos trazados en el ámbito del Derecho público ponen una y otra vez de manifiesto, en su anverso y en su reverso, la vigencia de las grandes ideas surgidas en aquel período. No han faltado nuevos estímulos intelectuales, por ejem-

plo la polémica entre Frankfurt y Bielefeld, entre Habermas y Luhmann, cuyas huellas (especialmente las de este último) no son difíciles de rastrear en la doctrina actual; pero lo cierto es que no han surgido en el ámbito del Derecho público nuevos paradigmas comparables a los de Schmitt, Smend, Heller o Kelsen.

Ahora bien, es preciso reconocer que la *Methodenstreit* resultó, incluso en aquel tiempo, un acontecimiento cuya brillantez afectaba en grado menor al trabajo especializado de los juristas. La detallada exposición de Stolleis pone de manifiesto que, de un lado, la oposición al positivismo ya se había ido extendiendo previamente con la obra de Triepel, Schmitt o Smend; respondía a tendencias generales de la época, a las cuales el Derecho público no podía escapar, y se trataba ahora fundamentalmente de perfilar su formulación específica en tal ámbito. De otro, la célebre *Escuela de Viena*, cuya orientación metodológica en absoluto coincidía con la tradicional alemana, limitaba su hegemonía a Austria; la doctrina dominante continuaba representada en Alemania, a la máxima altura científica, por los catedráticos de Heidelberg, Anschütz y Thoma. Una interpretación del Derecho positivo conforme a tradiciones jurídicas consolidadas y orientada a la práctica sigue dominando en la posterior República Federal; no debe olvidarse tampoco que, en Alemania, el Derecho constitucional y el Derecho administrativo están académicamente vinculados en unos términos que favorecen tal tendencia. Por último: no pocos juristas han desarrollado su influencia bajo la Ley Fundamental de Bonn al margen de las *viejas escuelas* que protagonizaron aquel debate, de Günter Dürig a Christian Starck, Paul Kirchhof y Josef Isensee, de Helmut Ridder a Erhard Denninger, Dieter Grimm y el propio Michael Stolleis.

Quizá haya llegado el momento, pues, de contemplar el período considerado, para extraer de él todo su provecho, también desde nuevos puntos de vista; por ejemplo, los sugeridos por los nuevos debates en el marco del Derecho público. En las últimas décadas, en efecto, se han vitalizado en Alemania especialmente los campos del Derecho administrativo (bajo el decisivo impulso de Wolfgang Hoffmann-Riem y Eberhard Schmidt-Assmann) y del nuevo *Derecho constitucional europeo* (Ulrich Everling, Jürgen Schwarze, Ingolf Pernice, Armin von Bogdandy...). Como retos aparecen la construcción de un renovado sistema de Derecho administrativo a la altura de los tiempos y la formulación de los principios propios de una teoría constitucional europea. Como sugiere Stolleis, la base histórica de estos desarrollos procede de las respuestas, necesariamente comparables, que a lo largo del siglo XX han ido ofreciendo los Derechos públicos de los Estados europeos a los retos comunes que planteaban sociedades industrializadas gobernadas democráticamente. Los desarrollos alemanes en la época aquí considerada, que más arriba acabamos de resumir, pueden constituirse en precedente de las tendencias actuales.

La centralidad del Estado o de la Constitución, del poder público o del Derecho que lo genera y lo regula es desde hace años eje de una nueva disputa metodológica en el Derecho político alemán. Ante los diferenciados procesos de europeización, internacionalización y globalización, el debate se abre a nuevas perspectivas; porque incluso quienes defienden la precedencia metodológica del fenómeno del poder público pueden encontrarse con dificultades para justificar la centralidad del Estado en sus análisis. Por ejemplo, Oliver Lepsius, precisamente sobre la base de sus estudios sobre los períodos aquí considerados, propone sustituir en adelante la atención al Estado por una *teoría de las formas de gobierno* (Theorie der Herrschaftsformen).

En segundo lugar, la regulación estatal de nuevos ámbitos, desde las telecomunicaciones hasta la investigación médica, debe hacer frente, de modo un tanto experimental, a problemas especializados y complejos. Sólo cabe afrontar satisfactoriamente la tarea mediante el desarrollo de principios y reglas peculiares que tomen en consideración las capacidades materiales y funcionales de la Administración en tales ámbitos. El propio Stolleis indica que las tendencias centrífugas provocadas por esta creciente diversificación del Derecho administrativo no pueden ser contrarrestadas con la simple invocación del principio de unidad del ordenamiento jurídico. Permanece abierto el reto de conformar una nueva *parte general*, como *principio ordenador*, que tome en consideración tales desarrollos específicos. Schmidt-Assmann se apoya al efecto, de modo preferente, en los procesos de constitucionalización y europeización que afectan hoy a todas las ramas del Derecho, muy especialmente al Derecho administrativo; pero lo complementa con una *mirada a la realidad* que se detiene sobre todo en estos sectores con importancia creciente en la *parte especial*, y que encuentra antecedentes ilustres en la época que aquí consideramos: la noción de *procura existencial* (Daseinsvorsorge), por ejemplo, es propuesta por ForsthoFF entre 1935 y 1938, aunque su verdadera recepción tenga lugar en la República de Bonn.

## VI. HISTORIA E INNOVACIÓN

Stolleis rechaza, con buenas razones, la idea de un *desarrollo* histórico que sugiera determinismo o progreso, en ocasiones trazado mediante la sucesión de *tipos* en realidad ahistóricos y con dudoso valor heurístico, al margen de la complejidad de proceso de interacción social en el que, en definitiva, consiste la ciencia jurídica. Ello no obstante, los parámetros fijados en la primera mitad del siglo XX continúan siendo utilizables para valorar los nuevos desarrollos dogmáticos: justo en los ámbitos hoy problemáticos

es necesario recordar las aportaciones de aquella época. La Historia sigue siendo condición de posibilidad del presente; la profundidad de su recepción se proyecta de modo directo sobre el alcance de los proyectos actuales. Si la indiscutible calidad dogmática de la ciencia alemana del Derecho público la convierte en referencia inexcusable para la nueva fase, no debe olvidarse que tal mérito se apoya en buena medida en sus continuidades. Éstas, ciertamente, obligan a las nuevas tendencias a superar inercias muy consolidadas; pero también la diferenciada apelación a la Historia permite descubrir elementos capaces de dinamizar debates actuales, su recreación crítica abre nuevas vías de reflexión y de acción.

La ejemplar exposición de Stolleis no sólo proporciona un material inexcusable al efecto, sino que prueba de modo definitivo la productividad intelectual que puede alcanzar la narración histórica. Aquí hemos renunciado, por supuesto, a un resumen más o menos lineal, para seguir sólo algunas de las múltiples ideas que recorren el texto; ensayando su prolongación en el tiempo, y predisponiéndonos así a la lectura del nuevo tomo de la *Historia de Derecho público* que Stolleis ya prepara.