

## INTRODUCCIÓN

### LA UNIÓN EUROPEA COMO OBJETO DE ATENCIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Todo aquel que por la causa que sea, y en la condición que fuere, se haya visto obligado a aproximarse a la problemática del estudio científico del derecho del Estado —entendido, con Stern,<sup>1</sup> como el conjunto de parcelas del derecho público que tienen por objeto específico la regulación y, con una incuestionable importancia en el ámbito de la actuación de los profesionales universitarios de las ciencias jurídicas, el conocimiento de los caracteres y de las notas jurídicas de la comunidad política y de las relaciones de la misma, y que, en definitiva, y frente al criterio mantenido, por ejemplo, por Albert Haenel<sup>2</sup> (que incluía entre los contenidos de las ciencias del derecho los problemas esenciales del derecho penal, del derecho financiero y tributario,<sup>3</sup> así como, y no obstante tratarse de una materia que tradicional y usualmente suele incardinarse entre las materias propias del derecho privado tal y como éste fue definido, ya en la Roma clásica, por Ulpiano, el derecho de patentes) y Anschütz y Thoma<sup>4</sup> (que, en tanto en cuanto se preocupa de la organización institucional del Poder Judicial del Estado, consideraban que también formaba parte del *Staatsrecht* el derecho procesal), se concretan en el derecho constitucional, al que unánimemente la doctrina le atribuye la condición de ser el núcleo central del propio *Staatsrecht*,<sup>5</sup> el derecho administrativo<sup>6</sup> y el derecho internacional público— no habrá podido dejar de constatar una circunstancia que, por su reiteración, bien podemos considerar una auténtica constante. Nos referimos, ni que decir tiene, al hecho de que la dimensión exterior del Estado, que, nadie puede ignorarlo, es una materia que, en cuanto que afecta a la comprensión jurídica del poder exterior del Estado, ha sido atribuida, ya desde las especulaciones debidas a Immanuel Kant, a las ciencias del derecho internacional público en cuanto que, por utilizar la terminología del insigne pensador de Königsberg en sus reflexiones sobre la teoría del derecho contenidas en su celeberrimo escrito *La metafísica de las costumbres*, “*Staatenrecht*” (derecho de los Estados),<sup>7</sup> ha sido una problemática que en modo

alguno ha permanecido ajena a la atención de los cultivadores de las ciencias constitucionales.

Del mismo modo que no podrá dejarse de consignar que este interés se hizo especialmente patente en el periodo, sin disputa, más lúcido y fecundo en la construcción dogmática del derecho del Estado, y que es el que, por la importancia objetiva del texto constitucional que lo inaugura,<sup>8</sup> solemos identificar con el rótulo de “Teoría del Estado y de la Constitución de Weimar”,<sup>9</sup> en el cual, y como, con acierto, han advertido, por ejemplo, Zurcher<sup>10</sup> y, en uno de los pocos escritos de derecho constitucional elaborados bajo la dictadura franquista que merecen la pena recordar, Ollero,<sup>11</sup> con una originalidad muy superior a la mostrada por los distintos constituyentes que actuaron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se formularon la mayor parte de los grandes conceptos sobre los que gravitará la ponderada y cabal comprensión del Estado mismo y del derecho, de los cuales, y habida cuenta ese carácter general, iniciador y propedéutico que, en cuanto que ciencia conceptual y ciencia práctica que es, le corresponde a la teoría del derecho constitucional (R. Schmidt, G. Jellinek, V. E. Orlando, H. Heller, P. de Vega, P. Lucas Verdú),<sup>12</sup> en cuanto que auténtica ciencia del Estado y ciencia del derecho del Estado al que no le pueden ser indiferentes los conocimientos aportados por el resto de las ciencias del Estado, aunque las mismas no tengan carácter normativo,<sup>13</sup> han de nutrirse todos los profesionales universitarios de las ciencias jurídicas, y tanto si su objeto de atención lo constituyan aquellas ramas que tradicionalmente se han identificado con el rótulo de derecho público como, y de manera fundamental cuando —quiéramos hacer creer lo que quieran los partidarios del liberalismo económico, que no siempre coinciden con los planteamientos del liberalismo político—<sup>14</sup> la falaz distinción establecida por los fisiócratas entre el “Estado-aparato” y la “sociedad civil” ha perdido, como consecuencia del doble proceso de socialización del Estado y de estatalización de la sociedad, su primigenio significado (G. Leibholz, K. Hesse, P. de Vega, F. Galgano, L. Raiser, C. Lavagna, G. U. Rescigno, etcétera),<sup>15</sup> sobre todo en el ámbito ideológico, si se dedican al estudio del derecho privado.

Y es que, en efecto, nadie puede ignorar que en este periodo histórico fueron no pocos los constitucionalistas que prestaron una especial atención a las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional público. Lo que, por lo demás, nada tendría de particular en la medida en que, en realidad, una y otra disciplina forman parte de ese grupo de ramas del ordenamiento jurídico que, como con total acierto, y, por cierto, separándose grandemente de lo que era el criterio oficial en la dogmática ale-

mana del Estado decimonónica, señaló Jellinek, se definen, de una manera muy principal, por el hecho de ser al mismo tiempo, y por igual, ciencias del Estado y ciencias del derecho del Estado. Sea de ello lo que sea, podemos recordar, a este respecto, y sin ánimo de ser exhaustivos, las aportaciones realizadas al debate sobre la acción exterior del Estado por los Triepel, Le Fur, Scelle, Kelsen, Schmitt, Verdross, Kunz y Mirkine-Guetzévitch,<sup>16</sup> las cuales resultaron, de cualquiera de las maneras, fundamentales para la elaboración de todos aquellos conceptos que, a pesar de los pesares, siguen siendo, como advirtió, por ejemplo, Christian Starck,<sup>17</sup> absolutamente necesarios para la comprensión de la problemática que afecta a los individuos en el contexto de una cada vez más internacionalizada vida estatal.

Pero ocurre, asimismo, y de manera indiscutible, que la contribución realizada por aquellos ilustres tratadistas de las ciencias constitucionales resultó también en extremo provechosa para la cabal y ponderada comprensión del derecho internacional público por parte de aquellos universitarios que hacían de su estudio el principal objeto de atención científica en cuanto que juristas. Lo que, innecesario debiera ser aclararlo, se explica fácilmente, dado que, a diferencia de lo que parece ser el criterio generalizado en nuestros días, los profesores de derecho internacional del periodo que se corresponde con el de lo que normalmente se identifica como la teoría del Estado y de la Constitución de Weimar, incluso a aquellos que, por decirlo con el maestro Mario de la Cueva,<sup>18</sup> formaban parte de aquella numerosa pléyade de bienintencionados espíritus que veían en la soberanía estatal uno de los principales obstáculos tanto para el mantenimiento de la paz entre los diversos Estados como para la posibilidad misma de la existencia del ordenamiento jurídico internacional, supieron comprender —y éste es, sin duda alguna, uno de sus mayores méritos— la inescindible relación que existe entre el Estado soberano y el conjunto de normas jurídicas que pretendían estudiar. Tanto más cuanto que como, con meridiana claridad, absoluta contundencia y acierto pleno, señaló el que, sin disputa posible alguna, se presenta como el más lúcido, válido, capaz y coherente de todos cuantos se dedicaron al estudio científico del Estado, la política y el derecho en el periodo entreguerras, Hermann Heller,

LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL [el cual, por lo demás, y como advirtió el tan ilustre e insigne constitucionalista socialdemócrata alemán, “el derecho internacional se realiza siempre, quiere decir, exclusivamente, al través de actos estatales”<sup>19</sup>] QUE NO TOMA COMO punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberanas [los Estados, en definitiva], está de antemano y necesariamente destinada al fracaso.

El derecho internacional existe únicamente en la medida en que, por lo menos, están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas. Desde este punto de vista, la idea del Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional; por el contrario, la idea del derecho internacional no es un presupuesto indispensable para el pensamiento estatal... la soberanía del Estado no es un impedimento para la existencia del derecho internacional, sino, por el contrario, su presupuesto ineludible.<sup>20</sup>

De cualquiera de los modos, lo que en este momento nos interesa destacar es que lo anterior, ni que decir tiene, jamás podría ser entendido, por lo menos si se actúa de una manera objetiva, ponderada y cabal, como el empeño de los constitucionalistas por desarrollar una actitud imperialista, comprendida ésta en el sentido que a este término le otorgaba Schumpeter, pero aplicada al ámbito académico y no a las relaciones entre los diversos Estados, esto es, como “la disposición «infundamentada»... hacia la expansión violenta y sin limitaciones”.<sup>21</sup> Antes al contrario, ocurre que para todos, sean juristas, prácticos o teóricos, o no, fácil ha de ser descubrir el que las investigaciones de los constitucionalistas antes consignados, y a los que, sin duda, podríamos añadir otros muchos, responde a una razón objetiva y plenamente justificable. En efecto, a nadie puede ocultársele que en la medida en que, no obstante lo que parece deducirse de aquellas construcciones, por lo demás, tan criticadas, de manera absolutamente correcta, por Hermann Heller,<sup>22</sup> de Affolter, quien, partiendo de la rara especie de “Procura, al efectuar la exposición del derecho positivo de un estado, hacer desaparecer su personalidad y aún el concepto mismo de estado y así podrás observar cuán fácilmente marcha todo”,<sup>23</sup> reducía el Estado a una mera ficción, o la de los Jellinek (quien, aunque, dadas sus referencias a la necesidad de proceder a la formulación de una *Allgemeine Soziallehre des Staates*,<sup>24</sup> que, en último extremo, “implicaba no negar la historicidad de la realidad estatal”,<sup>25</sup> resulte paradójico, creó, en 1892, y que, por lo demás, recibió la crítica, indiscutiblemente certera, por parte de Otto von Gierke,<sup>26</sup> la figura en su *System der subjektiven Rechte*,<sup>27</sup> lo que, en última instancia, no hace más que poner de relieve las grandes contradicciones en las que, como consecuencia de la propia lógica jurídica y política de la Monarquía constitucional, el maestro de Heidelberg se vio obligado a incurrir),<sup>28</sup> Haenel,<sup>29</sup> Rehm,<sup>30</sup> Schmidt, Meyer-Anschütz<sup>31</sup> y, de uno u otro modo, Triepel<sup>32</sup> y, no obstante la influencia que tuvo en sus concepciones Affolter, así como el hecho de mostrarse especialmente crítico con la teoría puesta en marcha por Georg Jellinek,<sup>33</sup> Kelsen<sup>34</sup> —y al que, siguiendo la senda marcada por los Von Gerber y Laband (que fueron los causantes de que, por ejemplo, Philip Zorn pudiese afirmar, de forma con-

## INTRODUCCIÓN

5

tundente y, además, no sin cierta razón, que “de una Ciencia del Derecho del Estado alemana apenas si se podía hablar”,<sup>35</sup> se le debe, constituyendo además el contenido basilar de toda su teoría del Estado, la idea de que el Estado no es, ni mucho menos, y bajo ningún concepto, una realidad social—,<sup>36</sup> quienes, equiparando en todo al Estado con el ordenamiento jurídico<sup>37</sup> por el cual se conduce la vida de éste (R. Thoma), y pretendiendo superar la doctrina anterior, terminaban por reducir el Estado a una mera abstracción, las ciencias constitucionales no tienen, en rigor, otro objeto de estudio que toda la rica problemática que plantea el Estado en su conjunto. De esta suerte, evidente resulta que, porque como con meridiana claridad y total contundencia sentó ya Smend,<sup>38</sup> el constitucionalista tan sólo podrá desarrollar correctamente su función y, al mismo tiempo, lograr una ponderada y cabal comprensión de la normativa constitucional vigente en una determinada comunidad política cuando cuente con un conocimiento fundado de lo que el Estado es, y significa, el cultivador de la teoría del derecho constitucional no puede limitarse tan sólo al conocimiento de la dimensión interna del Estado, sino que, por el contrario, ha de tener en consideración la dimensión exterior del mismo. Tanto más cuanto que, como a nadie puede ocultársele, son no pocos los problemas que se plantean en el interior del Estado y que, en definitiva, traen causa de la actividad exterior del propio Estado. Entre ellas, y con una importancia y trascendencia que resulta difícilmente discutible, incluso desde las posiciones del normativismo logicista extremo que, innecesario debiera ser aclararlo, defendió Hans Kelsen, y que le sirvieron para definir, en su empeño por elaborar una doctrina jurídica absolutamente objetiva y neutral desde el punto de vista ideológico, en la que, por lo demás, cualquier referencia a la política quedaba definitivamente excluida, lo que, como le ha sido criticado por no pocos constitucionalistas, actuando desde los más diversos posicionamientos políticos y metodológicos, en tanto en cuanto que con un tal rígido criterio lo que el insigne jurista vienés hacía era, en última instancia, perder su propio objeto de estudio, desde el entendimiento de que como, apoyándose en el jurista ultraconservador Heinrich Triepel,<sup>39</sup> señala, por ejemplo, Stern que

La relación de lo “político” con el Estado, con su organización, con sus funciones y con sus órganos, muestra que *lo político* no puede *ser excluido del Derecho del Estado*... De la misma manera que la Política sin Derecho es, navegar sin brújula, el Derecho del Estado sin Política es, navegar sin agua; pues lo “político” acompaña siempre al Estado, está en una conexión —inmediata— con él. Sería literalmente un Derecho del Estado sin Estado... Así pues, en lo “político” vive la Constitución, es “Constitución viviente”, lo cual ciertamente no puede significar que la política simplemente ejecución del Derecho Constitucional. La po-

lítica vive dentro de la Constitución, no contra ella. La “souveranité politique” está ligada a “légitimité juridique”,<sup>40</sup>

permitiera comprender de una manera adecuada y correcta la estructura del ordenamiento jurídico estatal,<sup>41</sup> y que le llevó a la afirmación de que, ante todo y sobre todo, el código constitucional se presenta como aquella “Constitución material”,<sup>42</sup> la que se refiere a cómo integrar las normas del derecho internacional que constituyen un manifiesto ejemplo de lo que, tomando en consideración que de una u otra suerte escapan a lo dispuesto por el *Pouvoir Constituant* en los distintos procedimientos de creación, modificación y derogación del derecho, el maestro La Pergola denominó *fonti atipiche*,<sup>43</sup> en el esquema de la pirámide normativa estatal.

Circunstancia esta última que, en definitiva, explica y justifica el porqué la doctrina constitucionalista contemporánea —entre los que, siendo totalmente consciente de que incurro en unos injustificables olvidos y omisiones imperdonables, y aun a riesgo de ser calificado como un irredento sectario, quiero destacar aquí a Antonio La Pergola<sup>44</sup> y a Jorge Carpizo—<sup>45</sup> se ve obligada a continuar preocupándose por la dimensión exterior del Estado o, si se prefiere, a tratar de aprehender jurídicamente el poder del Estado hacia el exterior; tratando, además, no, y ni mucho menos, de proceder a la confrontación con los cultivadores de esa otra parcela de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado, que es el derecho internacional público, sino, por el contrario, establecer una necesaria, e indiscutiblemente provechosa, colaboración entre ambas áreas de conocimiento con la finalidad de tratar de permitir el que los juristas, cualquiera que sea su condición, puedan llegar a alcanzar una comprensión cabal y ponderada de una y otra parcela de las ciencias jurídicas. Lo que, según nuestro parecer, no ha de resultar muy difícil de entender y de comprender. Basta, en este sentido, con tomar en consideración que si, como veíamos antes, las normas del derecho internacional, cuyo tratamiento científico específico corresponde, y no será yo el que lo niegue, a los internacionalistas, han de ser conocidas por los constitucionalistas en la medida en que las mismas pueden afectar a los contenidos de la normativa fundamental del Estado, ocurre al mismo tiempo que, en tanto en cuanto que el derecho internacional público se preocupa de las relaciones entre los diversos Estados, los internacionalistas han de tomar en consideración las construcciones de los constitucionalistas sobre la comunidad política, para comprender adecuadamente los sujetos que dan origen a la normativa jurídica que constituye el objeto central de su atención científica.

Y si esto es así, y lo es, respecto del derecho internacional público general, fácil ha de ser deducir que el profesional universitario de las ciencias constitucionales ha de prestar una todavía mayor atención a ese conjunto de normas jurídicas por el que se conduce la vida jurídica, política, social y económica —que es, en definitiva, lo que constituye el objeto principal del derecho constitucional mismo (*v. gr.*, H. Heller, R. Smend, D. Schindler, G. Leibholz, H. Haug, R. von Bäumlin, K. Hesse, H. Krüger, F. Müller, H.-P. Schneider, P. Häberle, J. R. Poviña, P. de Vega)— de una unión interestatal, o supraestatal, a la que pertenece el Estado del que el constitucionalista es ciudadano, y el cual, incluso aunque el mismo, como defiende, entre otros, Antonio La Pergola —a quien, como me hizo notar mi muy querido y admirado maestro (P. de Vega), se le deben las más acertadas construcciones elaboradas desde las ciencias constitucionales sobre el proceso de integración europea, en tanto en cuanto que, inspirándose, en primer término, en la idea del *constitutional arrangement* formulada por Carl Friedrich<sup>46</sup> (indiscutiblemente el tratadista que mejor ha entendido el fenómeno federal, y tanto en lo que hace a su manifestación en el interior del Estado como en lo relativo al ámbito internacional),<sup>47</sup> y entendiendo que si bien éste encuentra su lugar adecuado en el marco de un auténtico Estado constitucional dotado de una Constitución rígida, es lo cierto que, en la medida en que el *federalizing process* se incorpora a los tratados internacionales, y que éstos pueden ofrecer una adecuada protección jurídica tanto a las facultades atribuidas al ente común como a cualquiera de las colectividades particulares,<sup>48</sup> el mismo puede también verificarse en el contexto de las que la doctrina clásica denominaba uniones de Estado de derecho internacional,<sup>49</sup> y, en segundo lugar, en las especulaciones que el mismo Friedrich<sup>50</sup> realizó sobre el proceso de integración europea, le corresponde el indudable mérito de haber entendido que, a pesar de los pesares, la actual Unión Europea tan sólo puede ser ponderada y cabalmente comprendida cuando la misma se estudia desde los esquemas pactistas sobre los que, a diferencia de lo que sucede con el *Bundesstaat*, descansa la existencia misma de la que se presenta como la más perfecta manifestación estructural de las uniones de Estado de derecho internacional: la *Staatenbund* (L. Le Fur)—, pueda ser considerado como un ordenamiento autónomo tanto respecto del derecho internacional como del derecho de los Estados que conforman el ente supraestatal,<sup>51</sup> no deja de ser, sin embargo, un derecho internacional especial y particular. Derecho internacional especial y particular que, en el caso que aquí nos interesa, se concretaría en lo que antes llamábamos “derecho comunitario” y ahora se rotula con el término de “derecho de la Unión Europea”. Tanto más cuanto que, como

ha de ser inconcuso para todos, y tanto si se trata de juristas o de no juristas, esta normativa internacional especial y particular plantea una serie de problemas, muchos más que los que se derivan del derecho internacional público general —que, por supuesto, también se generan en el ámbito de las uniones de Estados de derecho internacional, como lo demuestra el hecho de que una de las mayores dificultades que plantea la normativa comunitaria, ya se trate de la fundamental, ya de la que se corresponde con el concepto smendiano de “derecho técnico ordinario”, es la de su aplicación en el interior de las colectividades particulares, y a los ciudadanos de estas últimas—, que tienen una incidencia directa e inmediata en los contenidos propios del estudio científico del derecho constitucional en cuanto que, como esta generalmente aceptado, núcleo central de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado. Piénsese, en este sentido, y en primer lugar, en el problema de la determinación de la verdadera naturaleza de la Unión Europea, cuestión ésta que, de manera inconcusa, remite, directa e inmediatamente, a la problemática de las formas territoriales del Estado, que, en la medida en que, de una u otra suerte, afecta a la propia legitimidad del sistema, constituye, como, con total acierto, supo comprender Rudolf Smend, “la cuestión más ardua y a su vez definitiva y concluyente que se le plantea a toda teoría del Estado y, en especial, a toda teoría constitucional”.<sup>52</sup> Pero no es solamente esta cuestión. Junto a ella aparece, y como consecuencia contigua de lo anterior, el problema de la determinación de si la normativa fundamental por la que se rige la Unión Europea se corresponde a las normas del derecho constitucional, una de cuyas principales características es la de ser la expresión normativa de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*, cuya titularidad corresponde al conjunto de los ciudadanos que integran el cuerpo político, o si, por el contrario, se trata de unas innegables e indiscutibles normas contractuales, cuyo adecuado tratamiento científico remite al concepto de “tratado internacional”. Finalmente, no podríamos de consignar aquí lo relativo a las transformaciones que conoce el régimen jurídico de lo que el reverendo John Wise, en 1717, y realizando la primera teorización sobre la mecánica del proceso constituyente (Ch. Borgeaud, P. de Vega),<sup>53</sup> había denominado “libertad civil”<sup>54</sup> —concepto éste, e importa señalarlo ya aunque tengamos que volver posteriormente sobre el mismo, que, como ningún profesional universitario de las ciencias jurídicas puede desconocer, es el que subyace en la concepción general de los derechos fundamentales, en oposición a la “libertad natural” o, si se prefiere, “derechos humanos”, es decir, la libertad que corresponde a los hombres por el mero hecho de ser tales hombres, desde que los mismos hicieron su entrada en



## INTRODUCCIÓN

9

la historia con la aprobación, como nos dice Jellinek,<sup>55</sup> del *Bill of Rights* de Virginia, el 12 de junio de 1776— como consecuencia del proceso de integración europea.

Una última aclaración se impone para concluir esta, acaso ya larga, introducción. La misma, en todo caso, se refiere al interés que tiene el constitucionalista en la normativa derivada de la Unión Europea. Y, en este sentido, diré, y creo estar en lo cierto al pensar que éste es el criterio general entre los que, con mayor o menor fortuna, se dedican al estudio de las ciencias constitucionales, pero que, en todo caso, constituye el criterio con el que, de manera directa<sup>56</sup> o indirecta,<sup>57</sup> he actuado siempre que, respondiendo al que, nadie podría negarlo, ha sido uno de los núcleos centrales de atención por parte del Grupo Tierno,<sup>58</sup> me he ocupado científicamente del proceso de integración europea, que si el contenido material de la normativa comunitaria —cuyo objeto, indefectiblemente, versará sobre asuntos propios de lo que Smend llamaba “derecho técnico ordinario”, ya sea supraestatal o estatal— me interesa, y sobremanera, en cuanto que ciudadano español al que esta última se le aplica directamente, ocurre, por el contrario, que como investigador del derecho constitucional, tales normas me interesan en la medida en que las mismas inciden en los contenidos propios del orden constitucional, pudiendo llegar, incluso, a provocar alguna modificación, formal o no formal, del propio código constitucional español vigente.<sup>59</sup> Dicho de otra manera, y con toda la contundencia posible, nos encontramos con que, por poner tan sólo un ejemplo, toda la normativa comunitaria relativa al derecho del mar, que puede ser causa de conflicto de intereses entre los profesores de derecho internacional público y los de derecho mercantil, a mí tan sólo me interesa en cuanto que la misma afecta a la determinación de, como está generalmente aceptado, uno de los elementos fundamentales del Estado,<sup>60</sup> como es el territorio, y siquiera sea concebido éste desde la definición, en cierto modo tautológica, realizada por Kelsen,<sup>61</sup> en el sentido de que si, en opinión del insigne jurista austriaco, las fuentes del derecho estatal resultan tan sólo obligatorias y vinculantes en el territorio del Estado, este último, por su parte, se define por ser el espacio geográfico donde tiene vigencia el derecho estatal. Y es que, como a nadie puede ocultársele, la existencia misma del hoy llamado “derecho de la Unión Europea”, como veremos posteriormente con mayor detenimiento, plantea, de forma obligada e ineludible, el doble problema de, por un lado, explicar el motivo por el cual las fuentes comunitarias resultan obligatorias y vinculantes en el marco del Estado particular de que se trate, así como el de su articulación con las debidas a los poderes constituidos estatales. Lo que, de forma inconcusa, y que además ningún jurista

podría discutir, constituye uno de los problemas centrales de la teoría del derecho constitucional, y respecto de la cual, nadie debería olvidarlo, han sido no pocos los constitucionalistas españoles actuales quienes, corrigiendo la anómala situación a la que conducían los esquemas jurídicos y políticos de la dictadura franquista —en cuyo seno, el estudio de la problemática de las fuentes del derecho quedaba confiada a la labor de los profesionales científicos de las dos principales ramas del derecho técnico ordinario: el derecho administrativo, en cuanto que, de un modo u otro, normativa fundamental de los aspectos de la vida estatal que se corresponden con el concepto de “lo público”, y el derecho civil, que, comprendido al modo y manera en que se hacía en el marco del viejo Estado constitucional liberal, era concebido, tal y como se desprende de lo señalado por Portalis<sup>62</sup> en su justificación parlamentaria del proyecto del Código Civil napoleónico, como el estatuto jurídico fundamental de la “sociedad civil”, de suerte tal que el Código Civil quedaba equiparado en su función a la que, en el ámbito de aquel fisiocrático “Estado-aparato”, correspondía al código jurídico-político fundamental (P. de Vega, J. Ma. Pena López)—,<sup>63</sup> y, en todo caso, atendiendo a la obligada realidad creada por el doble proceso de socialización del Estado y de estatalización de la sociedad —que, en última instancia, hacen que la falaz distinción propuesta por los fisiócratas entre el Estado y la sociedad haya perdido, como ya hemos tenido ocasión de consignar en este escrito, una buena parte de su significado, en tanto en cuanto que la misma acaba por reducirse a una mera diferenciación funcional, y que, de cualquiera de las maneras, se traduce en el ámbito normativo en que, frente a la ya vista situación que operaba en el contexto del Estado constitucional liberal, ahora, como escribe Hesse, “la Constitución se convierte no sólo en el orden jurídico fundamental del Estado, sino también de la vida no estatal dentro del territorio del Estado”—,<sup>64</sup> se han preocupado no sólo de incluirla en sus distintos manuales, sino que también se han esforzado por realizar estudios concretos sobre la misma, y que han dado origen a muy valiosas y brillantes monografías sobre las fuentes del derecho.<sup>65</sup>

*Notas*

- <sup>1</sup> Cfr. K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Madrid, 1987, pp. 110 y ss.
- <sup>2</sup> Cfr. A. Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig, 1892, 2 vols.

<sup>3</sup> Como a nadie puede ocultársele, la clasificación propuesta por Haenel no haría otra cosa que dar una cobertura científica adecuada a los estudios realizados por Paul Laband sobre la política presupuestaria del rey de Prusia/emperador de Alemania [cfr. P. Laband, *Derecho presupuestario* (1871), Madrid, 2012]. Y es que, en efecto, si se acepta el criterio propuesto por Haenel, la obra de Laband, que en realidad, y como, con total contundencia, había señalado Triepel {cfr. H. Triepel, *Derecho público y política [discurso de toma de posesión del rectorado de la Universidad Federico Guillermo de Berlín el 15 de octubre de 1927]* (1927), Madrid, 1974, pp. 39 y ss.}, no tenía otra misión que la de, incumpliendo, por lo demás aquella obligación que los miembros de la vieja Escuela Alemana de Derecho Público exigían para la actuación de los integrantes de otros grupos académicos de no preocuparse, desde la falaz contraposición entre la “realidad jurídico normativa” y la “realidad histórico política”, de los distintos problemas que aparecían en el marco de la realidad jurídica y política del Estado, proceder, como, con una magistral sagacidad y, al mismo tiempo, rigor científico, puso de manifiesto Heller [cfr. H. Heller, “Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar” (1927), en H. Heller, *La sovranità et altri scritti sulla Dottrina del Diritto e dello Stato*, Milán, 1987, p. 315], a la justificación de las pretensiones del *Kaiser* desde la elaboración de un sistema conceptual destinado a permitir la satisfacción de los intereses económicos de éste, se convertirían en unas especulaciones realizadas desde la mayor objetividad y neutralidad política y, en todo caso, dentro de las parcelas de conocimiento que a Laband, en cuanto que cultivador de las ciencias del derecho del Estado, le interesaban profesionalmente.

<sup>4</sup> Cfr. G. Anschütz y R. Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tubinga, 1932, vol. 2.

<sup>5</sup> Cfr., en este sentido, y a título de mero ejemplo, F. Stier-Somlo, *Reichstaatsrecht*, Berlín-Leipzig, 1927, pp. 5 y 48; R. Smend, “Constitución y derecho constitucional” (1928), en R. Smend, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, 1985, pp. 194 y ss.; K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, cit., pp. 114-116.

<sup>6</sup> Importa señalar, a este respecto, que no todos los científicos del derecho del Estado germanos estaban de acuerdo en la inclusión del derecho administrativo entre los contenidos del derecho del Estado; así, y a título de mero ejemplo, nos encontramos con que Von Gerber consideraba que éste debía quedar absolutamente excluido de las ciencias del derecho del Estado. Cfr. C. F. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, Leipzig, 1880, pp. 238 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. I. Kant, *La metafísica de las costumbres* (1797), 4a. ed., Madrid, 2005.

<sup>8</sup> Cfr., a este respecto y por todos, P. Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, 1987.

<sup>9</sup> En este sentido, cfr., por todos, P. de Vega, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 77.

<sup>10</sup> Cfr. A. J. Zurcher (ed.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, Nueva York, 1951, pp. 6-8.

<sup>11</sup> Cfr. C. Ollero, *El derecho constitucional de la posguerra*, Barcelona, 1949.

<sup>12</sup> Cfr. R. Schmitt, *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1901, vol. I, p. 6. G. Jellinek, *Teoría general del Estado* (1900/1905), Buenos Aires, 1981; *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991, pp. 3 y 41. V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione e del Diritto Pubblico*, Modena, 1925; *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, 1928; *Diritto Pubblico Generale*, Milán, 1945; “Giorgio Jellinek e la storia del Diritto Pubblico Generale”, en V. E. Orlando, *Scritti giuridici varii (1931-1952)*, Milán, 1955. H. Heller, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y*

del derecho internacional (1927), 2a. ed., México, 1995, pp. 197-199; “Osservazioni sulla problematica attuale della Teoria dello Stato e del Diritto” (1929), en H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla Dottrina del Diritto e dello Stato*, Milán, 1987, pp. 368 y 369; *Teoría del Estado*, 1a. ed., 9a. reimpr., México, 1983, pp. 42 y 60. P. de Vega, “Supuestos históricos, sociales y principios políticos en el derecho constitucional democrático”, *Anuario Jurídico*, “Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, IX, 1982, p. 716; “Tendencias y problemas del constitucionalismo español actual”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/712/22.pdf>, p. 450. P. Lucas Verdú, “Significado de la teoría de la Constitución”, en P. Lucas Verdú, *Curso de derecho político. II. La crisis de la teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado federal. La teoría de la Constitución en el marco del derecho político*, 2a. ed., Madrid, 1977, p. 410.

<sup>13</sup> Cfr., sobre este particular, y por todos, D. Oberndorfer, *Wissenschaftliche Politik*, Friburgo, 1962, pp. 19 y ss.

<sup>14</sup> Para la distinción entre el liberalismo político y el liberalismo económico, cfr., por todos, H. Heller, *Las ideas políticas contemporáneas* (1926), Granada, 2004, pp. 71-89, especialmente pp. 78, 79 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. G. Leibholz, “El orden social, estatal y las asociaciones”, en G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, 1971, pp. 97-144. K. Hesse, “Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*, 17, 1959, *passim*; “Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre Estado y sociedad” (1975), en K. Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 2011, pp. 117-130. P. de Vega, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, en J. Corcuera y M. A. García Herrera (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, 1988, pp. 123-125; “Estado social y Estado de partidos. La problemática de la legitimidad”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, 1994, pp. 389-407. F. Galgano, *Il Diritto Privatto fra Codice e Costituzione*, 2a. ed. aum., Bolonia, 1979. L. Raiser, *Il compito del Diritto Privatto. Saggi di Diritto Privatto e di Diritto dell'economia di tre decenni*, Milán, 1990. C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bolonia, 1977; *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 6a. ed. puesta al día, Turín, 1985. G. U. Rescigno, *Corso di Diritto Pubblico*, 2a. ed., 6a. reimpr., Bolonia, 1989. En contra de esta idea, cfr., por todos, H. Nawiasky, *Teoría general del derecho*, Granada, 2002; C. Lefort, *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, París, 1981; J. Rawls, *El liberalismo político*, Barcelona, 1996; J. Rosenberg, *The Empire of Civil Society. A Critique of the Realist Theory of International Relations*, Londres, 1994.

<sup>16</sup> Cfr. H. Triepel, *Völkerrrecht un Landesrecht*, Leipzig, 1899; “Les rapports entre le Droit interne et le Droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1925, t. I. L. Le Fur, “La souveraineté et de Droit”, *Revue de Droit Public*, 1908. G. Scelle, “Essai de systématique du Droit International”, *Revue Général de Droit International Public*, núm. 1, 1923. H. Kelsen, *Das Problem der Soweränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tubinga, 1920; “Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit International Public”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1926, t. IV. R. Thoma, “Ius Naturae et Gentium, eine Umfrage zum Gedächtnis von Hugo Grotius”, *Zeitschrift für Internationales Recht*, núm. 24, 1925. C. Schmitt, *El Nomos de la tierra en el derecho de gentes del “Ius publicum europaeum”*, Granada, 2002. A. Verdross, *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*, Viena, 1926; “Le fondement du Droit International”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1927, t. I; *Völkerrrecht*, 5a. ed., Viena, 1964. J. Kunz, “La primauté de Droit des gens”, *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1925. B. Mirkine-Guetzévitch, “L'influence de la Révolution française sur le développement du Droit International dans l'Europe orientale”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Interna-*

*tionel de Le Haye*, 1928, t. XXII; “Droit International et Droit Constitutionnel”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1926, t. XXXVIII; “Les bases historico-empiriques de l'unité de Droit Public”, *Revue Internationale de la Theorie du Droit*, 1928-1929; *Derecho constitucional internacional* (1933), Madrid, 2008.

<sup>17</sup> En este sentido, y aunque referido tan sólo a la obligatoriedad de aplicar los viejos conceptos acuñados por la teoría general del Estado y la teoría del Estado en las investigaciones sobre la Unión Europea como realidad política nueva, *cfr.*, por todos, Ch. Starck, “La teoría general del Estado en los tiempos de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 64, 2005, pp. 27-48.

<sup>18</sup> *Cfr.* M. de la Cueva, “Estudio preliminar”, en H. Heller, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* (1927), 2a. ed., México, 1995, p. 55.

<sup>19</sup> H. Heller, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, *cit.*, p. 279.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 225. En contra de esta tesis, y partiendo de la idea de que “El Estado singular está destinado a disolverse en un futuro Estado universal; el individuo sin individualidad, y, por tanto, sin nacionalidad, el elemento originario y atómico del Estado individualista es el ciudadano nato del mundo. El proceso de ideas que comienza con el individuo sin individualidad, lleva necesariamente a un estado cosmopolita sin nacionalidades” [G. Radbruch, *Filosofía del derecho* (1932), Madrid, 2008], se pronuncia, abiertamente, Gustav Radbruch, para quien la afirmación del dogma de la soberanía conlleva, ineludible e indefectiblemente, la negación de la posibilidad misma de un derecho internacional en cuanto que ordenamiento jurídico de carácter convencional que, por ello mismo, descansa, y sólo puede descansar, en el dogma, por lo demás propios del derecho privado, de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. *Cfr.* G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 336 y ss.

<sup>21</sup> J. A. Schumpeter, “Sociología del imperialismo” (1919), en J. A. Schumpeter, *Imperialismo. Clases sociales*, Madrid, 1965, p. 38.

<sup>22</sup> *Cfr.* H. Heller, “La crisi della Dottrina dello Stato” (1926), en H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla Dottrina del Diritto e dello Stato*, Milán, 1987, pp. 48 y ss.

<sup>23</sup> A. Affolter, “Studien zum Staatsbegriff”, *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. 17, 1901, pp. 17 y 135.

<sup>24</sup> *Cfr.* G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, *cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>25</sup> P. de Vega, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *cit.*, p. 70.

<sup>26</sup> *Cfr.* O. von Gierke, *Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), Tubinga, 1915, pp. 5 y ss., y 85 y ss.

<sup>27</sup> *Cfr.* G. Jellinek, *Sistema de diritti pubblici subjetiivi* (1892), Milán, 1912, pp. 2, 17 y 30.

<sup>28</sup> A esta circunstancia se refirió, ya, y con una gran claridad, el gran maestro del derecho constitucional mexicano, Mario de la Cueva. En efecto, éste, expresamente, escribiría lo siguiente: “El gran teórico de Heidelberg vivió en un torbellino de contradicciones, que no siempre se han puesto de relieve, y cuya causa es la pluralidad de las corrientes filosóficas y científicas de su tiempo: sin género alguno de duda, no es hegeliano y sin embargo, las ideas del maestro, desprovistas, claro está, de su ropaje metafísico, estarán presentes en todas las páginas del libro: el estado como algo distinto de la sociedad y de su gobierno, la negación del derecho natural de los hombres, el repudio de la democracia y de la doctrina de la sobe-

ranía del pueblo, la atribución de la soberanía al estado y aún la preferencia por la monarquía. Jellinek se educó y vivió en el *positivismo* y el título que lleva, son paralelos a la disciplina que se llamó Teoría general del derecho. Una y otra se caracterizan por la convicción de que el conocimiento de los hechos, tal como han ocurrido y su comparación permiten deducir las constantes, cuyo conjunto constituye el conocimiento científico” (M. de la Cueva, “Estudio preliminar”, *cit.*, pp. 39 y 40).

<sup>29</sup> Cfr. A. Haenel, *Studien zum Deutschen Staatsrecht. II.2. Das Gesetz im formellen und materialien Sinne*, Berlín, 1988, p. 231.

<sup>30</sup> Cfr. H. Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, Friburgo-Leipzig-Tubinga, 1899.

<sup>31</sup> Cfr. G. Meyer y G. Anschütz, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Munich-Leipzig, 1917, t. I, pp. 17 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. H. Triepel, *Völkerrecht un Landesrecht*, *cit.*, pp. 78, 120 y ss.

<sup>33</sup> Sobre este particular, cfr. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, enwickel aus der Lehre von Rechtssatze*, Viena, 1911, pp. 179.

<sup>34</sup> Cfr. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, enwickel aus der Lehre von Rechtssatze*, *cit.*, p. 134.

<sup>35</sup> Ph. Zorn, “Die Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft seit 1866”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 1, 1907, p. 49.

<sup>36</sup> Cfr. H. Kelsen, *Der soziologische und der jurische Staatsbegriff*, Tubinga, 1922, pp. 4 y ss.

<sup>37</sup> Cfr., en este sentido, y de una manera muy particular, H. Kelsen, *Der soziologische und der jurische Staatsbegriff*, *cit.*, pp. 8 y ss.

<sup>38</sup> R. Smend, “Constitución y derecho constitucional”, *cit.*, p. 44.

<sup>39</sup> Para esta caracterización de Triepel, firme partidario del régimen monárquico en el contexto histórico de la vigencia de la Constitución de Weimar —con la que, no obstante, siempre se mostró respetuoso [cfr. R. Punset, “Estudio preliminar” a H. Triepel, *La Constitución y los partidos políticos* (1930), Madrid, 2015, pp. XXVIII y XXIX]—, como un jurista ultraconservador, cfr., por todos, F. Sosa Wagner, *Maestros alemanes del derecho público*, 2a. ed., Madrid, 2005, pp. 528 y 529.

<sup>40</sup> K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, *cit.*, pp. 128 y 129 (las cursivas en el original).

<sup>41</sup> En relación con ésta, y a mero título de ejemplo, podemos, además de la ya citada *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zur einer Reinen Rechtslehre*, recordar H. Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho* (1933), Madrid, 2009; *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, 9a. ed., Buenos Aires, 1970.

<sup>42</sup> Cfr., a título de ejemplo, H. Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 69; véase, también, p. 68. Importa, a este respecto, realizar una aclaración que, lamentablemente, muchas veces, y como consecuencia de la lectura superficial y apresurada que se hace de la obra del insigne jurista austriaco, pasa desapercibida para no pocos profesionales del derecho. Me refiero, en definitiva, al hecho de que pese a toda su intención de explicar la *norma normarum* desde un punto de vista puramente objetivo y, en todo caso, ajeno a cualquier consideración de tipo político —lo que, como nadie puede ignorar, le condujo a hacer suya la contundente afirmación del académico Hugo Preuss, adscrito al más radical de los positivismos jurídicos formalistas, en virtud de la cual el constitucionalista, en cuanto que jurista que es, debe excluir de su objeto de atención toda la problemática de la

soberanía y, con ello, del poder constituyente [cfr. H. Preuss, *Gemeinde, Staat und Recht*, 1888, p. 135; véase también pp. 92, 98, 118, 122, 126, 133, 136, 138, 140, 165, 209, 212 y 223]—, es lo cierto, sin embargo, que, incluso actuando, como actuaba en todos sus escritos sobre la *Reine Rechtslehre*, desde los presupuestos del más radical y exacerbado normativismo logicista, Kelsen no pudo permanecer ajeno al hecho de que la Constitución, incluso reducida a su condición de mera “Constitución material”, era la obra de un *Pouvoir Constituant*, así como del hecho de que es esta circunstancia, y en tanto en cuanto el Poder Constituyente se presenta como el único titular posible del ejercicio de la soberanía del pueblo, la que, en estricta aplicación de los presupuestos medulares que determinaron toda la fundamentación del propio Estado constitucional, determina que todas las previsiones constitucionales sobre el modo de producción del derecho resulten obligatorias y vinculantes para los poderes constituidos del Estado. Lo que, según nuestro parecer, no ha de ser muy difícil de entender, ni de comprender. Téngase en cuenta, en este sentido, que sólo cuando se entiende la Constitución como la expresión normativa de la voluntad soberana de un poder fáctico y político-existencial que es anterior y superior a todos y cada uno de los poderes constituidos que actúan en el marco del Estado constitucional adquiere pleno sentido y auténtica entidad la consideración kelseniana de que la válida, legítima y lícita aprobación de las normas jurídicas ha de realizarse por el órgano constitucional competente, que es, en última instancia, el determinado por la voluntad soberana del Poder Constituyente, y con la más escrupulosa observancia de todos los requerimientos y formalidades establecidas en las normas que regulan el proceso normativo de cada una de las fuentes del derecho que, por lo demás, han sido establecidas previamente por el legislador constituyente y que, por esta misma circunstancia, son normas jurídicas obligatorias y vinculantes para el desarrollo de la actividad legislativa por parte de los gobernantes. Cfr. sobre este particular, y por comodidad, J. Ruipérez, “La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”, en C. León Bastos y V. A. Wong Meraz (coords.), *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010, pp. 905 y ss.

<sup>43</sup> Cfr., v. gr., A. La Pergola, *Costituzione ed adattamento dell'ordinamento interno al Diritto Internazionale*, Milán, 1961, pp. 75 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. A. La Pergola, “La transformación del derecho internacional en derecho interno y la teoría de Hans Kelsen”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIV, núms. 1-2, 1961, pp. 1-51; *Constitución del Estado y normas internacionales*, México, 1985; “Un problema clave del derecho constitucional: las normas internacionales y las fuentes normativas del Estado”, en A. La Pergola, *Poder exterior y Estado de derecho. El constitucionalista ante el derecho internacional*, Salamanca, 1987, pp. 13-55; “Federalismo, racionalismo y poder exterior”, en A. La Pergola, *Poder exterior y Estado de derecho. El constitucionalista ante el derecho internacional*, cit., pp. 151-176.

<sup>45</sup> Cfr. J. Carpizo, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 28, 1982, pp. 51-59.

<sup>46</sup> Cfr. C. J. Friedrich, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruselas, 1971, p. 8.

<sup>47</sup> Cfr., en este sentido, y a título de mero ejemplo, C. J. Friedrich, “Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals”, en A. McMahon, *Federalism: Mature an Emergent*, Nueva York, 1955, pp. 510 y ss.; *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, 2 vols.; *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968; “International Federalism in Theory and Practice”, en E. Plichke (ed.), *Systems of Integrating the International Community*, Princeton, 1964; “Origin and development of the concept of federalism in the United States”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 9, 1966, pp. 29 y ss. C. J.

Friedrich y W. Kraus, “Zum Gegewärtigen Stand des Föderalismus in der Vereinigten Staaten”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 23, 1936, pp. 343-375.

<sup>48</sup> Cfr., sobre este particular, A. La Pergola, “La forma moderna: «el federalismo y sus contornos»”, en A. La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, pp. 114 y 115.

<sup>49</sup> Cfr., en este sentido, A. La Pergola, “El «empirismo» en el estudio de los sistemas federales: en torno a una teoría de Carl Friedrich”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 188, marzo-abril de 1973; “El federalismo como proceso”, en A. La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, pp. 37-39.

<sup>50</sup> Cfr. C. J. Friedrich, *Europe: An Emergent Nation?*, Nueva York, 1969.

<sup>51</sup> Cfr. A. La Pergola, “El tipo arcaico: *compact clause* y evolución del sistema constitucional americano. De los «*Articles of Confederation*» al Estado federal», en A. La Pergola, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, p. 93.

<sup>52</sup> R. Smend, “Constitución y derecho constitucional”, *cit.*, p. 169.

<sup>53</sup> Cfr. Ch. Borgeaud, *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, pp. 17 y ss., y 29; P. de Vega, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, p. 28.

<sup>54</sup> Cfr. J. Wise, *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put upon it*, Boston, 1717, pp. 30 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subjetiivi*, *cit.*, p. 391; *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1895/1904), México, 2000, p. 93; *Teoría general del Estado*, *cit.*, p. 391.

<sup>56</sup> Cfr. J. Ruipérez, “Algunas cuestiones sobre el momento estatal de la integración europea: la Unión Europea como forma moderna de Confederación (una primera aproximación)”, en M. A. García Herrera (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997, pp. 619-646; *La “Constitución europea” y la teoría del Poder Constituyente. Algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Madrid, 2000; “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 86-136; “¿Podría probarse un auténtico texto constitucional para la actual Unión Europea? Un estudio desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre la moderna unión de Estados de derecho internacional europea”, ponencia presentada al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, “Jorge Carpizo”, celebrado en San Miguel de Tucumán, Argentina, en septiembre de 2013, de próxima publicación, 101 pp.; “Prolegómenos al estudio de la disolución de la soberanía del pueblo en el proceso de integración europea, y algunas de sus consecuencias jurídicas y políticas”, en M. Fondevila, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*, Madrid, 2014, pp. 17-58.

<sup>57</sup> Cfr. M. Fondevila Marón, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*, Madrid, 2014; monografía que trae causa de la memoria de la tesis doctoral que Manuel Fondevila elaboró, bajo mi dirección y tutela intelectual, y que presentó, obteniendo tanto la mención de calidad europea como el premio extraordinario de doctorado en la UNED, en julio de 2013.

<sup>58</sup> En este sentido, podríamos recordar aquí, y sin ánimo de ser exhaustivos, E. Tierno Galván, “Federalismo y funcionalismo europeo”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de Salamanca*, núms. 13-15, 1957, pp. 197-202; R. Morodo, “La integración política



## INTRODUCCIÓN

17

europea”, en G. Berger *et al.*, *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, 1965, pp. 299-319; A. Pérez Calvo, *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Madrid, 1993.

<sup>59</sup> *Cfr.*, en este sentido, J. Ruipérez, “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en S. Roura y J. Tajadura (dirs.), *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Madrid, 2005, pp. 31-64.

<sup>60</sup> Debe recordarse, a este respecto, que esta fue, de manera que no es discutible, la posición adoptada por el insigne maestro de Heidelberg. Esto se desprende, y, como decimos, sin que quede el más mínimo resquicio a la duda, cuando, oponiéndose a las concepciones patrimoniales del territorio del Estado defendidas, entre otros, por Paul Laband [*cfr.* P. Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1900, t. I, pp. 287-296], con las que, de una u otra suerte, terminaba coincidiendo Max von Seydel [*cfr.* M. von Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873, pp. 13 y ss.], procedió Jellinek a establecer una clara diferenciación entre el *dominium* y el *imperium*, y que él explicaba en los siguientes términos: “Jamás puede..., el estado directamente, sino por la mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio. El dominio directo jurídico sobre una cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas sobre la misma, es lo que constituye la propiedad. El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del Derecho Público, *dominium* sino *imperium*. El *imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es preferible a los hombres; de aquí que una cosa sólo puede estar sometida al *imperium*, en tanto en cuanto el poder del Estado ordene a los hombres obrar de una cierta manera con respecto a ella”. Véase G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, *cit.*, pp. 298 y 299, y, en general sobre esta problemática del territorio, pp. 295-304.

<sup>61</sup> *Cfr.* H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., 5a. reimpr., México, 1995, p. 247.

<sup>62</sup> *Cfr.* J. E. M. Portalis, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Madrid, 1997, *passim*.

<sup>63</sup> *Cfr.* P. de Vega, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 6, 1994, p. 43. J. Ma. Pena López, “La historicidad del derecho civil”, *Actualidad y Derecho. Revista Semanal de la Actualidad Jurídica*, núm. 48, 1995, p. 3; “Prólogo” a R. Colina Garea, *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, 1997, pp. 12 y 13.

<sup>64</sup> K. Hesse, “Constitución y derecho constitucional”, en E. Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, p. 5; véase, también, pp. 13 y ss.

<sup>65</sup> *Cfr.*, y sin ánimo de ser exhaustivos, J. Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, 4a. ed., Madrid, 1988. I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, 1987. F. Balaguer Callejón, *Fuentes del derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, 1991; *Fuentes del derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid, 1992.