

BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE

# MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Segunda edición

Presentación de  
CONRADO HESSE

Edición, *prolegomena* y traducción de  
ANTONIO LÓPEZ PINA

Exordio a la Segunda edición  
ANTONIO LÓPEZ PINA

Prólogo a la Segunda edición  
MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2001 BARCELONA

La edición de esta obra se ha beneficiado de la ayuda a la traducción de INTER NATIONES, de Bonn.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

1.ª edición en castellano, 1996

2.ª edición en castellano, 2001

© WALTER DE GRUYTER & Co., Berlín, 1994

© Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, Hesse, Konrad; Heyde, Wolfgang (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-7248-852-7

Depósito legal: M. 9.542-2001

Fotocomposición e impresión: Closas-Orcoven, S. L.

Polígono Igarza, Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2001

# CAPÍTULO PRIMERO

## Constitución y Derecho Constitucional

CONRADO HESSE

**SUMARIO:** I. TAREAS Y SIGNIFICADO.—1. Tareas fundamentales de la Constitución.—a) Integración.—b) Organización.—c) Dirección jurídica.—2. La Constitución como orden jurídico fundamental de la comunidad.—II. DE LA SINGULARIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.—1. Primacía.—2. Carácter abierto y vinculante.—3. Garantía inmanente.—4. Presupuestos para su efectividad.—III. LA CONSTITUCIÓN ANTE EL CAMBIO HISTÓRICO.—1. Mutación y reforma constitucional.—2. Nuevos problemas.—a) El Estado actual y sus tareas.—b) Constitución y poder configurador.—c) Cambios en el ordenamiento territorial.—d) Internacionalización y *europetización*.—3. Política constitucional.

La comprensión de las partes integrantes y de los problemas de la Constitución de Alemania, de que tratan los capítulos siguientes, presupone una visión de conjunto de la misma. Se necesita un punto de partida y un cierto marco con cuya ayuda pueda inferirse el contenido de sus normas. Se necesita penetrar en sus fundamentos y conexiones básicas, sin las cuales pueden enjuiciarse sólo de forma incompleta los problemas constitucionales actuales y futuros.

A esta tarea sirve la breve exposición del presente apartado. Parte del reconocimiento de que la constitución de una concreta comunidad política, su contenido, la singularidad de sus normas y sus problemas han de ser comprendidos desde una perspectiva histórica<sup>1</sup>. Sólo la conciencia de esta historicidad permite la comprensión total y el enjuiciamiento acertado de las cuestiones jurídico y político-constitucionales. Esto es algo que no puede ofrecer una teoría general y abstracta insensible, que no enmarque la constitución en la realidad político-social y sus peculiaridades históricas. Tampoco la comprensión histórica puede prescindir sin más de la justificación y de la configuración teórica. Pero semejante teoría ha de estar referida al ordenamiento constitucional concreto y a la realidad que la Constitución está llamada a ordenar.

<sup>1</sup> R. BAUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, pp. 7 ss.

## I. TAREAS Y SIGNIFICADO

- 2 *Cualquier tipo de unión que pretenda perdurar precisa de un ordenamiento formado y ejecutado conforme a su voluntad, que haya delimitado su ámbito y regulado en él y para él la condición de sus miembros. Un ordenamiento de estas características se denomina Constitución. De ahí que todo Estado disponga necesariamente de una Constitución... ordinariamente los pueblos civilizados disponen de un ordenamiento jurídicamente reconocido y compuesto de normas jurídicas. Según lo anterior, la Constitución contiene, por regla general, las normas jurídicas que caracterizan los órganos supremos del Estado, establecen la forma de crearlos, sus relaciones recíprocas y sus áreas de influencia, además de la posición fundamental del individuo respecto al poder estatal*<sup>2</sup>.
- 3 Esta caracterización general de Jorge JELLINEK nos proporciona una primera orientación<sup>3</sup>. Contiene los aspectos esenciales de la organización del Estado, de sus órganos, de sus competencias y los límites de la actuación estatal. Así y todo, sólo con ello no se puede inferir el sentido y significado de una Constitución vigente en un concreto momento histórico, como la Ley Fundamental para Alemania. Los mismos sólo se revelan a partir de la conciencia de otras funciones —primarias— de la Constitución, que incumben a ésta en la realidad vital de una comunidad política moderna, además de la función organizativa: su función integradora y su función de directriz jurídica<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, nueva impresión de la 3.<sup>a</sup> ed., 1921, p. 505. Respecto a la historia del pensamiento constitucional y sobre los tipos de constituciones históricas, *op. cit.*, pp. 505 ss.; P. BADURA, Artículo «Verfassung», en: *Evangelisches Staatslexikon*, 3.<sup>a</sup> ed., 1987, cols. 3738 ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.<sup>a</sup> ed., 1984, pp. 61 ss.; H. HOFMANN, «Zur Idee des Staatsgrundgesetzes», en: *Recht - Politik - Verfassung*, 1986, pp. 261 ss.; D. GRIMM, «Verfassung», en: *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, pp. 11 ss.; *idem*, *Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung*, *op. cit.*, pp. 101 ss.

<sup>3</sup> No cabe poner a tal caracterización, en la medida en que resulta evidente, reparo alguno. De la doctrina actual: BADURA (pie de página 2), cols. 3737 ss.; *idem*, «Verfassung und Verfassungsgesetz», en: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, pp. 19 ss.; STERN, *Staatsrecht* (cit. n. 2), pp. 69 ss.; GRIMM, «Verfassung» (cit. n. 2), pp. 11 ss.; J. ISENBERG, «Staat und Verfassung», en: *Handbuch des Staatsrecht*, t. I, 1987, § 13; J. F. AUBER, «La Constitution, son contenu, son usage», en: *Referate zum 125 Schweizerischen Juristentag*, 1991, pp. 9 ss.; K. EICHENBERGER, «Sinn und Bedeutung einer Verfassung», *op. cit.*, pp. 143 ss. Sobre las posturas teórico-constitucionales actuales, H. VORLÄNDER, *Verfassung und Konsens*, 1981, especialmente pp. 275 ss.

<sup>4</sup> En adelante se renuncia a la frecuente distinción entre constitución *formal* y *material*. Con el primer concepto se concibe (sólo) a la norma constitucional que se diferencia de otras leyes por lo complicado de su reforma. El segundo, sin consideración alguna al tipo y forma de validez de la norma, comprende todo el Derecho fundamental para la vida y la efectividad del Estado, un conjunto normativo que no siempre se puede delimitar con claridad. En los casos en que, como aquí, sólo se entiende por *constitución* la Ley Fundamental y su contenido, la distinción resulta superflua. Desde este punto de partida, el Derecho Constitucional no escrito, como es el caso del Derecho Constitucional consuetudinario, sólo puede existir como despliegue, acabamiento o desarrollo de los principios y sólo en sentido conforme a los mismos (cfr. al respecto, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18.<sup>a</sup> ed., 1991, números marginales 32 ss.); como ejemplo de ello cabe citar el principio de lealtad federal.

## 1. Tareas fundamentales de la Constitución

Las funciones de la Constitución en la vida de la comunidad son aplicables, antes que nada, a dos tareas fundamentales: a la formación y mantenimiento de la unidad política, así como a la creación y mantenimiento del ordenamiento jurídico. Ambas están estrechamente ligadas. 4

### a) Integración

La unidad política de acción que denominamos *Estado* no es hoy, como se presupone en la descripción de JELLINEK, algo que venga sin más dado. Se necesita establecer tal unidad, y se requiere tanto más su conservación, en cuanto que no está corporeizada en la voluntad uniforme de un pueblo soberano o de una clase dirigente. Antes bien, tiene que labrarse y asegurarse en el proceso político de la moderna sociedad pluralista; en la yuxtaposición y la contienda de numerosos grupos, en los que la compensación entre las diferentes opiniones, intereses y aspiraciones, como la resolución y regulación de conflictos, se han convertido por igual en tarea arquetípica y en condición de existencia del Estado. Allí donde, partiendo de la pluralidad de voluntades, ya no es posible formar una voluntad conjunta vinculante, y allí donde ya no se consiga establecer y realizar por la vía del entendimiento o de las decisiones mayoritarias los objetivos políticos, quiebra el Estado como unidad política de acción. Su nacimiento y existencia quedan condicionados al éxito del proceso de integración estatal, en el que acertadamente se contempla un elemento fundamental de su esencia.<sup>5</sup> 5

Este éxito depende en último extremo del grado de adhesión que encuentre el Estado. Depende de que éste sea sostenido, de que los ciudadanos se hagan responsables de él, y en su caso lo defiendan; sólo en la medida en que ello sea así, puede decirse que se trata de un Estado consolidado, de un Estado *robusto*. Estas condiciones dependen de numerosos factores extrajurídicos, como la tradición, el nivel de conciencia política o los líderes. En una medida no determinable exactamente y creciente, pero necesaria, también del Derecho. Pues cualquier proceso necesita del ordenamiento jurídico: la colaboración, aquella que conduce a la formación de una unidad política y en la que deben ser llevadas a cabo tareas del Estado, necesita de la organización y de un proceso ordenado<sup>6</sup>, y la conciliación de voluntades no depende menos de que se configure el contenido del ordenamiento de modo tal, que encuentre la adhesión de las personas que han de vivir bajo el mismo. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales; en esa medida la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal. 6

<sup>5</sup> R. SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht» (1928), en: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2.<sup>a</sup> ed., 1968, pp. 136 ss.

<sup>6</sup> H. HELLER, *Staatslehre*, 1934, pp. 88 ss., 228 ss.

b) *Organización*

- 7 La necesidad del ordenamiento jurídico no sólo se presenta para la formación y conservación de la unidad política, sino también para la acción e incidencia de los órganos estatales constituidos con estos fundamentos. En tal medida se necesita una normación de la arquitectura del Estado y del cumplimiento de sus tareas. La necesidad de atender estas tareas de orden por la Constitución ha sido algo habitual. Se trata de constituir órganos a los que confiar en función de su naturaleza objetiva los diferentes, determinados y delimitados ámbitos de tareas de incidencia estatal y las competencias correspondientes, necesarias para el cumplimiento objetivo de tales tareas; la Constitución funda competencias, creando de esta manera poder estatal conforme a Derecho con el alcance del respectivo mandato. Es ella la que regula, a menudo sólo en sus coordenadas fundamentales, los procedimientos que, en lo posible, deben permitir la adopción de decisiones adecuadas. Es ella la que ordena los cometidos de los distintos órganos estatales entre sí, intentando conseguir así que éstos se complementen objetivamente, que se garantice la cooperación, la responsabilidad, el control y la limitación del poder y, finalmente, que se impida cualquier abuso de competencias.
- 8 Las funciones de integración y de organización son en muchos casos complementarias entre sí, pues tanto el contenido como el éxito de la acción de los poderes estatales dependen del logro de una unidad política; ésta, por su parte, depende de dicho contenido y de dicho éxito, que esencialmente determinan que el Estado encuentre adhesión y apoyo, por cuyo motivo la orientación y los medios de acción estatal tienen que dirigirse claramente a una adhesión y a un apoyo existentes o predictibles.

c) *Dirección jurídica*

- 9 La función que cumple el ordenamiento jurídico no sólo se aplica al Estado. En sentido amplio se necesita para toda la convivencia en comunidad dentro del territorio del Estado, que no sería posible sin el ordenamiento jurídico. Este no constituye un fin en sí mismo, no se trata de ordenar por ordenar; lo importante es el contenido de dicho ordenamiento: debe ser *el moralmente recto* y, por ende, legítimo. El canon de dicha rectitud en los tiempos actuales, que han cobrado conciencia de la historicidad de todo Derecho, no es inferible de un Derecho natural existente al margen del pensamiento y la acción humanos. Igualmente injustificado resulta remitirse a un positivismo escéptico, para el que, sin referencia a contenido alguno, *Derecho* es cualquier regulación que haya sido definida como tal por las instancias competentes. Frente a ello, la tradición jurídica acrisolada ofrece parámetros deducidos de la historia del Derecho. También en sentido inverso puede llegarse al mismo resultado: hay experiencias históricas que han demostrado lo que no es *moralmente recto* y, consecuentemente, lo que no puede considerarse Derecho; éste es el caso del aniquilamiento de existencias *sin valor racial* o *vital* bajo el régimen de injusticia nacionalsocialista. Además, y relacionado con lo anterior, se deducen otros cánones de los principios jurídicos nacidos de la lucha y de la experiencia de muchas

generaciones y que han quedado confirmados por ellas, principalmente, de los derechos humanos y civiles, así como de otros principios como los de independencia judicial o el derecho a audiencia. Cánones son, finalmente, los modelos para configurar el presente y el futuro de la generación actual.

La función directriz de la Constitución consiste en asumir estos cánones y —sobre todo, en los derechos fundamentales— dotarlos de fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico. Por su parte, esta Constitución contribuye, sea como eslabón intermedio, sea como lazo de unión, a garantizar la existencia de un ordenamiento jurídico *moralmente recto*.

## 2. La Constitución como orden jurídico fundamental de la comunidad

Al cumplir estas tareas fundamentales de formación política de unidad y de orden jurídico, la Constitución se convierte no sólo en el orden jurídico fundamental del Estado<sup>7</sup>, sino también en el de la vida no estatal dentro del territorio de un Estado: es decir, en el orden jurídico fundamental de la comunidad. 10

Esta Constitución determina primero las decisiones fundamentales que llevan a la unidad política, según las cuales debe ejecutarse ésta y deben llevarse a cabo las tareas estatales. Aquéllas son, según la Ley Fundamental, la inviolabilidad de la dignidad humana como principio supremo del ordenamiento constitucional, la república, la democracia, el postulado del Estado social de Derecho, y la organización territorial en términos de Estado federal. En las posteriores concreciones de tales decisiones la Constitución ordena la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y de la acción estatal; establece barreras a la acción de los poderes públicos. Positiviza normas según las cuales han de constituirse los órganos del Estado, ha de determinarse la orientación política global y han de decidirse las cuestiones pendientes. Es esa misma Constitución la que regula las competencias de estos órganos y, a grandes rasgos, el procedimiento con el que han de ejercitarse. Y es ella también la que establece el procedimiento con el que se han de superar los conflictos que surjan dentro de la comunidad. 11

Además de todo ello, la Constitución establece principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y no sólo de la vida estatal en sentido estricto. Positiviza principios y criterios para establecer y aplicar las normas del ordenamiento. Ordena todas las esferas de vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas esferas son consustanciales a la vida del conjunto y se encuentran indisolublemente conectadas con el orden político. En este sentido también son ordenados en la Constitución los fundamentos de esferas vitales que nada tienen que ver de forma directa con la formación política de unidad y la acción estatal, como es el caso de los fundamentos del ordenamiento jurídico civil: matrimonio, familia, propiedad, herencia, fundamentos del Derecho penal, principios de la enseñanza, de la libertad religiosa o de las relaciones laborales o sociales. En todo ello, la Constitución es *el plan estructural básico, orientado* 12

<sup>7</sup> Así, el título del importante artículo de W. KAGI, 1945.

por determinados principios dotadores de sentido, para la forma jurídica de una comunidad<sup>8</sup>.

## II. DE LA SINGULARIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

- 13 El Derecho Constitucional se diferencia de otras ramas jurídicas no sólo en función de sus tareas y de su objeto. Son peculiaridades esenciales su rango, la clase de sus reglas, así como las condiciones de su validez y de su capacidad para imponerse en la realidad social. Estas diferencias tienen un significado esencial para su forma de incidir en la realidad; la toma de conciencia de las mismas es una condición *sine qua non* para comprender los problemas constitucionales y su adecuada solución.

### 1. Primacía

- 14 Al Derecho Constitucional corresponde la primacía respecto de todo el restante Derecho interno<sup>9</sup>. Esta primacía es presupuesto de la función constitucional como orden jurídico fundamental de la comunidad. De ahí que el Derecho Constitucional no pueda ser derogado ni reformado por leyes ordinarias; ninguna disposición del ordenamiento jurídico ni acto estatal alguno pueden contradecirlo; todos los poderes públicos, incluso el legislativo, se hallan vinculados por la Constitución (cfr. los arts. 20.3 y 1.3 GG).

### 2. Carácter abierto y vinculante

- 15 Esta vinculación, precisamente en una Constitución que, como Ley Fundamental, ha establecido una jurisdicción constitucional, no carece de problemas, ya que las normas constitucionales no son completas ni perfectas. Amplios sectores, incluso los de la vida estatal en sentido estricto, únicamente están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación, y algunos ni siquiera quedan ordenados. La Constitución no es un sistema cerrado y omnicompreensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco. En este sentido es un ordenamiento *abierto*.
- 16 Esta apertura es siempre limitada. Pero en la medida en que sea suficiente, concede —lo cual da sobre todo un sentido y contenido esenciales al ordenamiento democrático— el margen de actuación necesario para un proceso político libre, tratando de garantizarlo. Por ello la Constitución posibilita con-

<sup>8</sup> A. HOLLERBACH, «Ideologie und Verfassung», en: *Ideologie und Recht*, editado por W. MAIHOFER, 1968, p. 46.

<sup>9</sup> Sobre ello, R. WAHL, «Der Vorrang der Verfassung», en: *Der Staat* 20, 1981, pp. 485 ss.; GRIMM, «Verfassung» (cit. n. 2), p. 14. Respecto a la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, cfr., por ejemplo, K. JENSEN/Ch. GLORIA, *Völkerrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, pp. 1071 ss., en especial pp. 1082 ss. Sobre la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Comunitario europeo, cfr. *infra*, cap. 2.

cepciones y objetivos políticos diferentes y su persecución. Permite, asimismo, tomar en consideración cambios técnicos, económicos y sociales, adaptarse a la evolución histórica, asegurándose con ello un requisito fundamental de su propia existencia y eficacia.

Al mismo tiempo, la indeterminación y la amplitud de algunas normas constitucionales producen ciertamente como consecuencia que, a menudo, algunas cuestiones constitucionales resulten más difíciles de resolver que las de otras áreas jurídicas que han encontrado una detallada regulación normativa. En concreto, la comprensión de la Constitución, en especial de los derechos fundamentales, tiene considerable importancia y puede dar lugar a respuestas diferentes. Dado que todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución, se decide aquí la cuestión capital de si y con qué amplitud es libre el legislador para regular una cuestión concreta, o si se halla sometido a vínculos constitucionales, cuyo respeto es controlable por el Tribunal Constitucional. 17

Las relativas apertura y amplitud del Derecho Constitucional ofrecerían, sin embargo, el peligro de conducir a una disolución en anarquía e inseguridad si no fueran aparejadas a una fijación determinada y vinculante; ambas, apertura y prescripción vinculante, son presupuesto del cumplimiento de las tareas de la Constitución. En consecuencia, ésta determina los fundamentos del ordenamiento de la comunidad, así como los contenidos que deben ser sustraídos al debate y a una constante puesta en tela de juicio. Con ello deben proporcionarse a la comunidad los pilares y parámetros orientativos necesarios para hacer frente a la multiplicidad de problemas. La Constitución actúa como factor estabilizador; simultáneamente, actúa como liberadora de cargas, porque sólo se plantea como problema aquello que no ha sido previamente decidido<sup>10</sup>, permitiendo con ello la indispensable apertura. Lo que sobre todo queda establecido de forma vinculante es la arquitectura del Estado y los procedimientos. A menudo se tiende a subestimar las normas de procedimiento; sin embargo, cuando son adecuadas a su función contribuyen a adoptar la decisión correcta sobre cuestiones en litigio. Además, establecen una determinada fórmula con la que deben adoptarse las decisiones, excluyendo con ello luchas desordenadas por el poder. Finalmente, dichas reglas hacen perceptible y comprensible para los participantes y afectados el proceso de toma de decisiones. Cuanto más renuncie la propia Constitución a adoptar decisiones, más importante será que establezca para las mismas un procedimiento reglado. Sólo de esa forma la apertura de la Constitución podrá cumplir la función que tiene encomendada. 18

### 3. Garantía inmanente

Por último, el Derecho Constitucional se diferencia del Derecho de otras ramas jurídicas en que, en definitiva, no existe instancia que pueda imponer su observancia; el Derecho Constitucional tiene que garantizarse por sí mismo, lo cual supone la existencia previa de una configuración que esté en condiciones de asegurar en lo posible tal garantía inmanente. 19

<sup>10</sup> D. GRIMM, «Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform», en: *Die Zukunft der Verfassung* (cit. n. 2), p. 323.

Las funciones ordenadora y pacificadora del Derecho ordinario dependen en gran medida de que, si resulta necesario, se impongan por vía ejecutiva, mediante la coerción estatal. Su observancia, pues, siempre resulta garantizada desde fuera. Todo lo contrario ocurre con las normas de la Constitución. Su observancia no se garantiza ni por un ordenamiento jurídico existente por encima de ella <sup>11</sup> ni por una coactividad supraestatal; la Constitución no depende sino de su propia fuerza y de las propias garantías. Lo que intenta es tener en cuenta tales supuestos con una configuración que, mediante la división y el concurso de los poderes públicos, procure de forma natural la observancia del Derecho Constitucional: por así decirlo, tiene que crear un sistema que grave sobre sí mismo y conlleve los presupuestos necesarios para prevalecer <sup>12</sup>. No obstante, este equilibrio inmanente siempre permanece precario. Siempre que exista un tribunal que deba decidir sobre la observancia de la Constitución, deberá determinar vinculadamente si se trata o no de un caso así, y del fallo del tribunal pueden derivarse consecuencias que influyan sobre el restablecimiento o respeto de la situación constitucional. Sin embargo, esto no puede imponerse coactivamente; en última instancia, depende de que cada órgano estatal se someta voluntariamente a los vínculos de la Constitución, y que reconozca y cumpla con todas sus responsabilidades para hacerla observar. La idea de un *custodio de la Constitución* <sup>13</sup> situado por encima o al margen de este equilibrio inmanente confunde el problema y puede llevar a errar.

#### 4. Presupuestos para su efectividad

20 Más allá de todo ello no puede el más ingenioso sistema constitucional garantizar efectivamente su observancia cuando carece de los presupuestos necesarios para lograr su vigencia efectiva, cuando la constitución no es capaz de hacerse con la realidad de un orden configurador y formador de una realidad viva histórica. Esta capacidad, que es un presupuesto para que la Constitución pueda cumplir las funciones señaladas, depende en gran medida de factores externos, sobre los que por su parte sólo puede influir limitadamente. Entre ellos pueden citarse las circunstancias de la realidad histórica, a cuyo ordenamiento está destinada la Constitución, y el nivel de desarrollo espiritual, social, político o económico de los tiempos. Cuanto más conecte el Derecho Constitucional con tales circunstancias, cuanto mejor asuma las fuerzas y tendencias de cada época, mejor podrá desplegar sus efectos. Cuando intente aferrarse a formas históricamente superadas o cuando, por el contrario, se proponga una utopía, fracasará inevitablemente ante la realidad.

21 Junto a todo ello, no menos esencial es la conducta de las personas que participan en la vida constitucional, la disponibilidad de los dirigentes políticos y de los gobernados a aceptar como moralmente imperativo el contenido de la Constitución. No es la voluntad de los diferentes legisladores la que consigue que las normas de la Constitución sean acatadas, que se afirme el Estado como

<sup>11</sup> En nada lo alteran los vínculos internacionales del Estado ni la primacía en cuanto a validez y aplicación del Derecho Comunitario. Sobre ello, *cf. infra*, cap. 2.

<sup>12</sup> SMEND, «Verfassung» (pie de página 5), pp. 195 ss.

<sup>13</sup> C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931.

unidad política de acción establecida por ella, y sea asumido responsablemente, sino que, además, el acuerdo de los progenitores de la Constitución tiene que perpetuarse, por principio, entre aquellos que posteriormente han de vivir bajo ella. Ello depende de que el orden positivado por ella se considere *moralmente recto*, orden legítimo, y despliegue en derredor efectos integradores. El consenso fundamental sobre ello, que debe trascender a los actuales antagonismos y conflictos, es un factor esencial del que dependen la vitalidad y la eficacia del Derecho Constitucional <sup>14</sup>.

### III. LA CONSTITUCIÓN ANTE EL CAMBIO HISTÓRICO

#### I. Mutación y reforma constitucional

Toda Constitución es *Constitución en el tiempo* <sup>15</sup>: la realidad social, a la que van referidas sus normas, está sometida al cambio histórico y éste, en ningún caso, deja incólume el contenido de la Constitución. Cuando se desatiende dicho cambio, el contenido constitucional queda «petrificado» y, a corto o largo plazo, no podrá cumplir sus funciones. De la misma forma, la Constitución puede incumplir sus tareas cuando se adapta sin reservas a las circunstancias de cada momento; en tal caso sus normas ya no son pauta de las circunstancias, sino que son éstas las que actúan como parámetros de sus normas. Funcionalmente y sólo hasta un cierto límite puede contrarrestarse tal situación mediante la exigencia de mayorías cualificadas para la reforma constitucional. En ambos casos, sin embargo, la fuerza de los hechos se revela superior al poder del Derecho: en el primer caso, el tiempo deja desfasada la Constitución, y en el segundo, la degrada hasta reducirla a mero reflejo de las relaciones de poder existentes en cada momento. 22

Por eso, desde la perspectiva de *Constitución en el tiempo*, la Constitución sólo puede cumplir sus tareas allí donde consiga bajo cambiadas circunstancias preservar su fuerza normativa, es decir, allí donde consiga garantizar su continuidad sin perjuicio de las transformaciones históricas, lo que presupone la conservación de su identidad. Partiendo de ello, ni la constitución como un todo ni sus normas concretas pueden concebirse como letra muerta, como algo estático y rígido; precisamente su continuidad puede llegar a depender de la forma en que se aborde el cambio. Éste puede llevarse a cabo por dos vías.

Una de ellas consiste en modificar el contenido de las normas constitucionales manteniendo intacto el texto literal: es decir, a través de una mutación constitucional. Esto se produce en aquellos apartados en donde la Constitución, y en concreto en lo referente a los derechos fundamentales, contiene normas 23

<sup>14</sup> Cfr. sobre el particular U. SCHEUNER, «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», en: *Staatstheorie und Staatsrecht, Ges. Schriften*, 1978, pp. 135 ss.; A. PODLECH, «Wertentscheidungen und Konsens», en: *Rechtsgeltung und Konsens*, editado por G. JAKOBS, 1976, pp. 29 ss. En detalle, respecto a las condiciones actuales de consenso sobre la constitución: VORLÄNDER (cit. n. 3), especialmente pp. 157 ss., caps. 3-5.

<sup>15</sup> Sobre el particular básicamente: BAUMLIN (cit. n. 1), especialmente p. 9; P. HABERLE, «Zeit und Verfassung», en: *Die Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, pp. 59 ss.; G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, 1955, pp. 67 ss.

*abiertas*, es decir, regulaciones que, por su formulación generalista y lingüísticamente esquemática, sólo mediante progresivas concreciones pueden ser llevadas a la práctica. Semejante concreción sólo es posible cuando el texto de la norma es referido al sector de la realidad histórica sobre el que la norma quiere proyectarse. Este sector codetermina el contenido de la norma, que no puede ignorar las condiciones de realización de la misma ni mantenerse inalterable<sup>16</sup>; si cambia la realidad social, cambia con ella el contenido de la norma. Esta transformación se advierte claramente, ante todo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto en algunas decisiones específicas<sup>17</sup> como en el conjunto de la jurisprudencia emanada sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, que, en general, ha desarrollado el contenido de éstos superando su originaria significación como derechos de defensa.

- 24 Los límites —que a menudo no resulta sencillo determinar en concreto— de la mutación constitucional están contenidos en el propio texto constitucional<sup>18</sup>; resulta inadmisibles una interpretación diferente de los enunciados constitucionales en abierta contradicción con su texto. Más allá de este límite, para superar nuevas situaciones o para acometer reformas se impone la modificación del texto, la reforma constitucional (cfr. art. 79.1 GG). En todo caso la reforma constitucional presupone que se mantienen intactas las decisiones fundamentales que configuran la identidad de la Constitución; según la Ley Fundamental, los principios consagrados en los arts. 1 y 20 y la articulación territorial en *Länder* que concurren a la legislación (art. 79.3 GG). Las *reformas constitucionales* que eliminen esta identidad produciendo discontinuidad son inadmisibles. En realidad, se trataría de ejercitar el poder constituyente, de sustituir la actual por otra nueva Constitución, al margen del orden constitucional.

## 2. Nuevos problemas

- 25 El modelo constitucional con el que conecta la Ley Fundamental, aunque haya variado en una serie de aspectos, es el del siglo XIX. En la monarquía constitucional de la época era tarea de la Constitución limitar el poder presupuestado y en principio absoluto de la Corona, y garantizar así al ciudadano y a la Sociedad una libertad responsable. Ello se produjo sobre todo mediante la vinculación de la Ley —Presupuestos del Estado incluidos— a la aprobación de las cámaras. En la medida en que los derechos fundamentales jugaban un papel determinante en la garantía de la libertad, eran derechos de defensa contra el poder monárquico, que exigían a éste abstenerse de intervenir en el derecho protegido. El derecho-libertad en el ámbito garantizado era libertad frente al

<sup>16</sup> Cfr. también D. GRIMM, «Verfassung» (cit. n. 2), pp. 22 ss. En conjunto, con más detalles: F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 4.ª ed., 1990, pp. 270 ss.

<sup>17</sup> Cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 53, 157, 290 ss. (régimen legal de previsión social como objetos de protección a través de la garantía de la propiedad); 54, 148, 153 (garantía constitucional de los derechos generales de la personalidad); 65, 1, 41 ss. (protección de datos); 73, 118, 154, y 74, 297, 350 (libertad de radiotelevisión bajo nuevas condiciones).

<sup>18</sup> Con mayor detalle: K. HESSE, «Grenzen der Verfassungswandlung», en: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, pp. 123 ss.

Estado, o lo que es lo mismo, una delimitación de esferas sustraídas a cualquier intervención de los poderes públicos <sup>19</sup>.

a) *Las actuales tareas del Estado*

En el Estado democrático intervencionista, de prestación de servicios y de previsión del presente, las tareas son esencialmente distintas. 26

No se trata tanto de limitar un poder estatal absoluto, que viniera históricamente dado, sino de constituir un poder previamente limitado, democráticamente legítimo, y de mantener su virtualidad y su eficiencia en el proceso político reglado. Se trata, además, de garantizar eficazmente, bajo las condiciones actuales, la libertad y una vida digna. Para ello, junto a normas organizativas, se necesitan también en la Democracia los derechos fundamentales como derechos de defensa frente a intervenciones estatales. No obstante, ya no basta el principio de exclusión: lo que los derechos fundamentales deben garantizar depende no sólo de la inexistencia de tales intervenciones, sino, en una dimensión considerable, de la acción estatal, de que mediante programación, intervención y previsión estatales se dote a los ciudadanos de las condiciones materiales para una vida libre y digna. Junto a ello, la tarea de *previsión* es interpretable no sólo como la actual procura existencial y la previsión social; comprende también la responsabilidad para el futuro de los hombres, que obliga a tener en cuenta las posibles consecuencias de las decisiones y procesos actuales, al igual que sucede, por ejemplo, con la deuda del Estado, el almacenamiento de residuos radiactivos o la biogenética, y de preservar a las generaciones futuras de las cargas, peligros o riesgos que todo ello lleva consigo <sup>20</sup>. 27

Prescindiendo de ello, la mera exclusión de esferas no susceptibles de intervención estatal no era suficiente por sí sola para preservar la libertad humana de los peligros que podían amenazarla desde los poderes no públicos que, en los tiempos actuales, pueden resultar más amenazadores que los derivados del propio Estado. Cuando a la vista de un supuesto así una Constitución deba garantizar la libertad, para defenderla frente al Estado será necesario adoptar unas cautelas aún más elaboradas que la positivación clásica. Todo dependerá de que pueda asegurar aquellos presupuestos y los servicios necesarios al respecto, sin que merced a una desmedida extensión de la previsión, la planificación y la configuración globales se anule la posibilidad de existencia autodeterminada y responsable. Se hace cada vez más necesario coordinar las distintas esferas de libertad susceptibles de entrar en conflicto. Y, finalmente, dependerá de que la libertad quede protegida frente al ejercicio del poder social o económico 28

<sup>19</sup> Respecto a la función que los derechos fundamentales ejercían entonces, cfr., por ejemplo, U. SCHEUNER, «Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts», en: *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, pp. 139 ss.; E. R. HUDER, «Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem», en: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, pp. 163 ss.; R. WAHL, «Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts», en: *Der Staat* 18, 1979, pp. 321 ss.

<sup>20</sup> Este aspecto de la *Constitución en el tiempo* ha sido resaltado con razón como *previsión ante el riesgo* por D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung* (cit. n. 2), pp. 416 ss., con bibliografía adicional. Respecto a la problemática básicamente P. SALADIN, *Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, pp. 99 ss.

que en todo caso exige la acción estatal. Por lo tanto, un orden justo y eficiente en libertad ya no surge sin más —como pretendía la doctrina clásica— de la división de los poderes del Estado y de su abstención respecto de esferas sociales autónomas, sino que en un mundo cada vez más complejo tiene que promoverse activamente.

- 29 Esto supone desplazar las tareas del Estado, de las simplemente orientadas a preservar el orden establecido hacia otras destinadas a configurar un nuevo orden y a las fórmulas propias de acción para atender a tales cometidos. En este contexto, los medios imperativos tradicionales, en especial la Ley y el acto soberano, podrían no ser ya suficientes. Además, a menudo una serie de medidas estatales sólo son ejecutables si se cuenta con el concurso o, al menos, con la aprobación de las fuerzas económicas o de ciertos poderes sociales, y ello es algo que el Estado tiene que conseguir por vía de negociación. Según una extendida interpretación, todo ello reduce la capacidad del Estado de dirigir los procesos sociales<sup>21</sup>, precisamente cuando cada vez más ha devenido una tarea pública.

b) *Constitución y poder configurador*

- 30 Este cambio ya ha originado modificaciones esenciales en la concepción constitucional y en la interpretación de sus normas. Ello es aplicable, ante todo, a los derechos fundamentales, cuya significación actual ha superado ampliamente la versión clásica de derechos de defensa (*infra*, cap. 3). En tal medida, el originario alcance de la Constitución no sólo se mantiene, sino que a pesar de las diferentes condiciones del presente incluso ha aumentado, como consecuencia del desarrollo y de los efectos de la jurisdicción constitucional. Frente a la moderna actividad configuradora del Estado conserva la Constitución su función limitadora, pues determina claramente qué contenido no pueden tener esas medidas. A este respecto porta la Constitución como hasta ahora *en sí misma los presupuestos de su eficacia*<sup>22</sup>; en esta función, puede justificar pretensiones de los ciudadanos en forma de acción judicial negatoria. Desde un punto de vista positivo, la Constitución no puede en cambio conducir y hacer efectiva directamente la actividad configuradora: únicamente puede ofrecer directrices en forma de objetivos. En tal medida permanece la Constitución limitada a positivar un programa público de configuración, que necesita ser ejecutado posteriormente, y que por eso depende de que sea asumido en particular por el legislador, y llevado a la práctica según la situación y las posibilidades del momento<sup>23</sup>. Siempre que además de ello se trate de realizar objetivos sociales, ello viene asistido por una cierta imperatividad del postulado del Estado social, que puede prescindir mejor que el Estado de Derecho de las garantías cons-

<sup>21</sup> Sobre el particular con mayor detalle: D. GRIMM, «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des bürgerlichen Rechtsstaats» (cit. n. 2), pp. 166 ss.; *idem*, *Die Zukunft der Verfassung* (cit. n. 2), pp. 418 ss. Con el diagnóstico de rasgos neocorporativos del sistema político: BADURA, Artículo «Verfassung» (cit. n. 2), col. 2758; H. HOPMANN, «Aufgaben und Grenzen des Staatshandels unter den Bedingungen der Gegenwart», en: *Veröffentlichungen der Walter Raymond-Stiftung* 27, 1989, pp. 21 ss.

<sup>22</sup> E. FORSTHOFF, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats», en: *VVDStRL* 12, 1954, p. 16.

<sup>23</sup> Más en detalle, *infra*, cap. 3, números marginales 31 ss.

titucionales de su imposición, porque ningún gobierno puede hoy en día renunciar a una política de previsión y compensación social <sup>24</sup>.

c) *Cambios en el ordenamiento territorial*

La diferente naturaleza de los problemas que se han de abordar se observa adicionalmente en el ordenamiento federal de la Constitución. La Ley Fundamental enlaza con las leyes fundamentales de la Federación Alemana y las constituciones del siglo XIX, particularmente en lo concerniente a la instauración del *Bundesrat*. Junto a la tarea histórica en la actualidad vigente de formación política de unidad respetando la autonomía de los miembros de la Federación, se añade bajo los supuestos de la estatalidad actual la necesidad de garantizar una cierta equiparación de las condiciones materiales de existencia, con su inevitable consecuencia de creciente unitarismo, que es fomentada esencialmente por factores tales como los partidos de ámbito nacional <sup>25</sup>. Con ello se plantea la Constitución la tarea de garantizar el sistema federal incluso bajo las condiciones actuales, lo que excluye cualquier suerte de petrificación de las viejas formas federales. El camino seguido hasta hoy de compensar, ampliando las competencias del *Bundesrat*, las pérdidas de autonomía en competencias legislativas de los *Länder*, difícilmente llevará a una solución satisfactoria. No debe ignorarse, sin embargo, una tendencia en sentido contrario: la creciente abundancia y complejidad de las tareas del Estado hace inevitable una descentralización de su desempeño, provocando así un reforzamiento de los centros de decisión política con sede en órganos de los *Länder*. 31

d) *Internacionalización y europeización*

A cambios esenciales da lugar, finalmente, la actual apertura del Estado hacia el exterior, esto es, su *internacionalización* y *europeización*. 32

La *internacionalización* <sup>26</sup> resulta de la importancia creciente de los acontecimientos exteriores, tanto para la vida interna como para la acción del Estado. Junto a las múltiples vinculaciones en el sistema de tratados internacionales y las consiguientes obligaciones se pone claramente de manifiesto la dependencia de la economía interna respecto de la economía mundial y de su evolución, es decir, de las numerosas interdependencias existentes, lo que supone que los asuntos externos e internos resultan cada vez más difíciles de separar. De la misma forma que tales procesos restan al Estado posibilidades de acción autónoma, apenas si se prestan a una regulación por la Constitución nacional. De ahí que ésta pierda parte de su general vigencia. 33

Para la República Federal se producen repercusiones muy amplias, derivadas de su *europeización*, por la transferencia de tareas estatales a instancias (su- 34

<sup>24</sup> D. GRIMM, «Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform» (cit. n. 2), p. 325.

<sup>25</sup> Sobre ello, en detalle: HESSE, *Grundzüge* (cit. n. 4), números marginales 220 ss.

<sup>26</sup> Este importante aspecto ha sido desarrollado convincentemente, sobre todo, por K. EICHENBERGER (cit. n. 3), pp. 183 ss.

pranacionales) de la Comunidad Europea, que va adquiriendo mayor peso cuanto más avanza la Comunidad en dirección a la Unión Europea.

35 En ese sentido pierde la Constitución en la medida de la renuncia estatal a su exclusiva soberanía una parte de su originaria entidad. Al mismo tiempo, la progresiva integración europea produce desplazamientos en el ordenamiento constitucional. Esto se observa, por ejemplo, en la pérdida de competencias de los *Länder* en el ámbito del régimen federal. Y es aplicable a la democracia parlamentaria, tanto en la Federación como en los *Länder*: el proceso de formación de la voluntad política nacional a través del Parlamento democráticamente elegido se ve limitado en beneficio de la formación esencialmente ejecutiva de voluntad en los órganos competentes de la Comunidad Europea; tan pronto como entra en vigor el Derecho europeo desaparece el margen para el Derecho nacional. Lo propio sucede con la función del Gobierno federal responsable ante el Parlamento. Ciertamente, el Gobierno concurre en el Consejo a la formación europea de voluntad (art. 4 EWGV); pero una co-gestión de estas características no compensa la pérdida de autodeterminación nacional, tanto menos en los casos en que el Consejo tome una decisión por mayoría y quede la República Federal en minoría. En conjunto, la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional devienen un orden fundamental y un ordenamiento jurídico parciales a los que se superpone el Derecho comunitario, lo cual, entre otras cosas, no dejará de afectar a la acción y al significado de la jurisdicción constitucional.

36 La importancia de estos procesos no puede ser subestimada, pero tampoco debería ser sobrevalorada. *El Derecho Constitucional no llegará completamente a disolverse hasta el extremo de ser reducible a mero episodio de la historia constitucional.* Con independencia de la forma que cobre en el futuro la Comunidad Europea: su existencia presupondrá siempre la de los Estados miembros y, con ello, la de sus respectivas constituciones<sup>27</sup>. Del mismo modo, la futura Unión Europea sólo podrá cumplir eficazmente sus tareas si su ejecución es descentralizada y observa el principio de subsidiariedad; esto es, si la Comunidad se limita a cuanto requiera una regulación uniforme<sup>28</sup>. De todas formas es innegable un profundo cambio: la evolución del Estado desde su concepción tradicional como soberano, nacional, relativamente hermético, hacia el Estado actual, internacionalmente imbricado y supranacionalmente vinculado, se corresponde con la pérdida de primacía y de la entidad e importancia que hasta muy recientemente había tenido su Constitución. Ésta, en cuanto Constitución de un miembro de la Comunidad Europea, tiene que respetar los límites fijados por el Derecho europeo; sus contenidos han de tener en cuenta la necesaria armonización con la Constitución comunitaria y orientarse materialmente al Derecho europeo,

<sup>27</sup> H. P. IPSEN, «40 Jahre Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland», en: *JbR NF* 38, 1989, pp. 37 ss.; *idem*, «Europäische Verfassung und Nationales Verfassung», en: *Bithurger Gespräche, Jahrbuch*, 1987, p. 50.

<sup>28</sup> Cfr. art. 3.b).2 del Tratado de Maastricht. El principio de subsidiariedad es considerado en amplios sectores como insuficiente. Como substitutivo se alzan voces que reclaman claras delimitaciones de competencias en el sentido de reserva exclusiva de determinadas materias a los Estados miembros y a su cooperación. Al respecto cfr. E. STEINDORFF, «Verfassungsänderung durch die EG?», en *AÖR* 116, 1991, pp. 464 ss.

de forma que las actuaciones de cada uno de los Estados miembros y las que se realicen a nivel comunitario sean congruentes entre sí.

De ahí que, y no por azar, la unidad alemana se encuentre íntimamente relacionada con la Unión Europea. Ambas se presuponen de forma semejante a como la Alemania unida forma necesariamente parte de la Unión Europea. La pertenencia de Alemania a esta Europa es condición fundamental del giro histórico a tenor del cual no cabe un resurgir del antiguo Estado nacional alemán. 37

### 3. Política constitucional

Los problemas esbozados ponen de manifiesto: la concepción tradicional del Estado es tan difícilmente mantenible como una idea de Constitución orientada al modelo nacional a la antigua usanza. Partiendo de esta situación no sería correcto inferir el ocaso o, al menos, una crisis del Estado constitucional. No hay duda del reto que ello supone para el presente. Tras la fase actual de su consolidación, de desarrollo y, al mismo tiempo, de progreso y mutación del ordenamiento constitucional de la Ley Fundamental, se hace necesario observar cada vez más los acontecimientos futuros; tenemos que cobrar conciencia del significado de los nuevos problemas para los derechos fundamentales, para los órganos estatales establecidos por la Constitución, sus tareas y la forma de llevarlas a cabo, y para adoptar las disposiciones con las que el orden constitucional pueda hacer frente a nuevas situaciones o las condiciones de funcionamiento, y buscar vías que hagan posible bajo condiciones distintas una existencia libre y digna. La tarea de una política constitucional previsor, claramente concebida, que por ello se imponga de forma categórica, es independiente de la unidad alemana. Constituye un proceso a largo plazo en el que la necesidad de concierto con el progreso de la integración europea tendrá una importancia esencial. 38

