

## EL DERECHO CONSTITUCIONAL, ENTRE PRETENSIÓN NORMATIVA Y REALIDAD POLÍTICA\*

UWE VOLKMANN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Público  
Universidad Johannes Gutenberg - Mainz*

### SUMARIO

- I. El mito de la Constitución
- II. ¿Del predominio de la realidad a la supremacía de la norma?
- III. La pretensión normativa del Derecho constitucional actual
- IV. La influencia del Derecho constitucional actual sobre la realidad política
- V. ¿Del predominio de la norma al predominio de la realidad?
- VI. Se busca Constitución

### I. EL MITO DE LA CONSTITUCIÓN

Cuando se adopta una Constitución, la fuerza con la que puede conformar el desarrollo ulterior de la sociedad parece considerablemente sobrevalorada. La luz que arroja el mito fundacional ciega la vista para cuanto pueda sobrevenir. Orientado hacia el pasado, este mito anuncia distanciamiento, cambio, máxima discontinuidad: nada de lo viejo y heredado —Estado, poder, forma-

\* «Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit», ponencia presentada en las Jornadas de la *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* celebradas en la Universidad de Friburgo en Brisgovia entre el 3 y el 6 de octubre de 2007 bajo el lema «Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts» (coponente fue C. HILLGRUBER). La publicación de las ponencias y de los debates subsiguientes por parte de la editorial Walter de Gruyter, prevista para los próximos meses, hará el n.º 67 de la serie de las célebres *VVDStRL*. El autor nos ha adelantado gentilmente su texto para la publicación en castellano. Traducción de Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (U.N.E.D.).

ción política— debe seguir contando a partir de ahora, todo ello ha de ser producido, creado a partir de la nada en el acto constituyente<sup>1</sup>. Hacia delante, mirando hacia el futuro, promete un nuevo horizonte de sentido y un orden firme, indisponible<sup>2</sup>.

En la realidad histórica, sólo raras veces han cumplido las Constituciones esta pretensión. Invocando el amparo de la Constitución americana, que hasta hoy representa el arquetipo de toda Constitución, se han emprendido transformaciones casi aventureras de las estructuras sociales y de las culturas políticas, y entre nosotros suele ser suficiente con mencionar Weimar para evocar lo quebradizo y precario de las Constituciones, quizá de la misma idea constitucional. Pero en la Ley Fundamental parece recobrar hoy vida el mito. Así lo atestigua su omnipresencia en el debate político<sup>3</sup>, y lo prueban los conceptos con los que se ha argumentado: «súper-yo político», «célula germinal de todo el Derecho», recientemente incluso «revelación secularizada», en todo caso objeto de un culto que incorpora remotos «rasgos de piedad y de fe»<sup>4</sup>.

Así visto, cabe sólo preguntar si con el mito se corresponde también un núcleo de verdad, y si ello significa igualmente que la Ley Fundamental ha dominado la realidad como ninguna Constitución antes que ella. A esto se vincula la pregunta sobre si ha sido en mayor medida determinada tal realidad por la Constitución, o más bien la Constitución por la realidad. Y con todo esto se plantea si el apoyo que proporciona es fiable, o sólo fugaz y aparente, más ilusión que realidad, del mismo modo que también otras orientaciones vinculantes —la nación, la religión, la cultura— siempre resultaron más imaginadas que reales<sup>5</sup>.

1 De forma expresiva E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-État*, 1789, ed. de R. Zapperi, 1970, págs. 179 ss.; también C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 8.ª ed. 1993, págs. 20 ss.; críticamente ya E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Nation, Europa*, págs. 135 ss. En un contexto más amplio sitúa tales «leyendas de los orígenes» H. ARENDT, *Über die Revolution*, 1974, págs. 264 s.

2 Incorporado así ya en el concepto de Constitución —como «orden fundamental» de un Estado, de una Comunidad, etc—; del mismo modo se expresa en las funciones que se le atribuyen: establecimiento y ejercicio del poder político, formación de unidad política, orientación del desarrollo futuro, etc.; cfr. sólo K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª ed. 1999, números marginales 16 ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2.ª ed. 1983, págs. 78 ss.

3 Resulta sintomática la naturalidad con la que el actual Presidente Federal asume y ejerce el control material de constitucionalidad que la doctrina dominante le atribuye, cfr. por ejemplo sobre la privatización de la seguridad aérea C. TAMS, *NVwZ* 2006, págs. 1226 ss.; también la enorme «confianza institucional» en el Tribunal Constitucional, cfr. H. VORLÄNDER/A. BRODORCZ, en H. Vorländer (ed.), *Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts*, 2006, págs. 258 ss. (261 ss., 272 ss.), que ven en ello al mismo tiempo un indicador del elevado «capital social» de la sociedad, en el sentido de una confianza política general centrada en la Constitución.

4 Conforme al orden en que son citados, W. HENNIS, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, 1968, pág. 21, nota 37; E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, pág. 144; O. DEPENHEUER, en *FS für M. Kriele*, 1997, págs. 485 ss. (490 ss.); G. ROELLECKE, en M. Piazolo (ed.), *Das Bundesverfassungsgericht*, 1995, págs. 33 ss. (48).

5 Fundamental B. ANDERSON, *Imagined Communities*, 1983, en alemán *Die Erfindung der Nation*, 1988.

## II. ¿DEL PREDOMINIO DE LA REALIDAD A LA SUPREMACÍA DE LA NORMA?

Para responder a estas preguntas debemos determinar con mayor precisión qué pretensión plantea efectivamente la Constitución y quién juzga sobre ella en última instancia. Esto no queda ya resuelto mediante la referencia a la reconocida supremacía de la Constitución, que con frecuencia es lo único aportado en este contexto. Como descripción de las relaciones de la Constitución con el Derecho ordinario, tal primacía supone una magnitud técnica, puramente formal; sólo dice algo acerca de cómo un determinado *deber ser* jurídico recogido en la Constitución se impone frente a otro *deber ser*. La pretensión normativa de la Constitución, en cuanto tal, va más allá; se refiere a la efectiva influencia de tal *deber ser* sobre realidad subyacente y a las modalidades específicas de tal eficacia<sup>6</sup>.

De todos modos, en el tardío reconocimiento que la primacía recibe en Alemania resuenan aún los ecos de las resistencias y los obstáculos ligados a cualquier imposición de una pretensión normativa<sup>7</sup>. La magnitud de tales resistencias, que se pusieron de manifiesto en varios conflictos constitucionales de gravedad —Hannover 1837, Kurhessen 1850, Prusia 1862-1866—, indujo incluso a Ferdinand Lassalle a reconocer la única fuerza determinante en las «relaciones efectivas de poder»: «un Rey al que obedecen los ejércitos y los cañones» —esto era, pues, un fragmento de la Constitución; «un noble que tiene influencia sobre la Corte y el Rey», «los señores Borsig y Egels, todos los grandes de la industria» — todo esto junto parecía ser la verdadera y efectiva Constitución, mientras que todo lo demás no tenía más valor que el de la «hoja de papel» sobre la que estaba escrito<sup>8</sup>.

Una pretensión normativa de la Constitución, en tal contexto, había de resultar sólo del combate frente a una realidad que se le oponía, y, allí donde esta lucha tenía éxito, la pretensión adquiría unos tonos propios y específicos, como los que surgieron en la especial situación de Alemania. Las Constituciones del siglo XIX no aparecieron aquí en su conjunto como frutos de una transformación revolucionaria, sino que se debieron a un compromiso entre dos bandos, el monárquico-conservador y el liberal-progresista, y su sentido esen-

6 Y por cierto como eficacia debida —intencionada, forzada, etc.—, no en el sentido de una eficacia fáctica —histórica, observable, etc.— como la descrita por el concepto de la «fuerza normativa» de la Constitución en su utilización por parte de K. HESSE, cfr. su obra *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, pág. 6; sobre esto volveremos en el apartado IV.

7 Sobre la historia del principio de primacía R. WAHL, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, págs. 121 ss.

8 F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen*, en la recopilación de sus escritos *Reden und Schriften*, editado por E. Bernstein, Bd. 1, 1892, págs. 463 ss. (476 ss.). De aquí surgirá más tarde el llamado concepto sociológico o empírico de Constitución, cfr. —con expresa invocación de Lassalle— M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5.<sup>a</sup> ed. revisada de 2002, pág. 27: la Constitución como «probabilidad efectiva de sometimiento al poder de decisión de los poderes gubernativos existentes»; hoy D. GRIMM, en *HSIRI*, 3.<sup>a</sup> ed. 2003, § 1 número marginal 1.

cial fue dotarlo de permanencia. La pretensión que planteaban estaba pensada en primer lugar en términos estáticos y de conservación, no dinámicos. La diferencia destaca ante todo en comparación con la Constitución de los Estados Unidos, cuya fuerza vinculante fue puesta en duda ya pocos años después de su entrada en vigor por uno de sus creadores, con la observación fundamental de que la Tierra había sido hecha para los vivos, no para los muertos; ninguna generación podría en consecuencia vincular eternamente a las siguientes, como se pretendía con la Constitución<sup>9</sup>. En Alemania, por el contrario, la pregunta no se plantea de tal modo. Como resultado de un compromiso político, la Constitución tiene precisamente una función de reconocimiento y documentación, mediante la que debe quedar sustraído a todo cambio aquello que resulta documentado, como aún habrá de demostrar la figura sólo más tarde desarrollada de las garantías institucionales —como garantías de un objeto ya dado<sup>10</sup>.

Con esto se relaciona, como una segunda singularidad, una característica limitación de la amplitud material de la pretensión. Ésta queda unilateralmente orientada sólo a canalizar la organización del poder estatal, como cabe deducir del hecho de que en todas las Constituciones del siglo XIX los contenidos limitadores y negativos predominan claramente frente los positivos y directores, que orientan la acción estatal en un determinado sentido, o incluso frente a los que declaran principios<sup>11</sup>.

En tercer y último lugar, la pretensión es despojada de toda referencia que trascienda la norma misma; se trata de una pretensión completa y exclusivamente jurídica, no espiritual o moral, tal y como lo formuló más tarde con la mayor claridad el positivismo del Derecho público<sup>12</sup>. El correspondiente principio impregna sin embargo ya las Constituciones de inicios y mediados de siglo, que a diferencia de las francesas y de la americana renuncian por completo a solicitar cualquier préstamo del Derecho racional o natural, a cualquier género de fundamento ético o incluso a una mera idea directriz; no se realiza a través suyo ideal alguno, sino que apenas se asegura sólo aquello que, siendo

9 Así T. JEFFERSON en diferentes cartas, entre otras la dirigida a J. Cartwright en 1824, ed. en *The Writings of Thomas Jefferson*, Memorial Edition 1903-04, Vol. 16, pág. 48.

10 HENNIS (cit. en n. 4), pág. 16 nota 29.

11 Excepción señalada: la elevación del cristianismo a fundamento del Estado en el art. 14 de la Constitución prusiana de 1850, cuyo contenido jurídico sin embargo permaneció difuso, cfr. G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat vom 31.1.1850*, 1912, explicación del art. 14, págs. 260 ss. También los derechos fundamentales contenían sobre todo elementos programáticos y orientados al futuro, a la transformación del orden social, WAHL (cit. en n. 7), págs. 341 ss.; D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, 2.<sup>a</sup> ed. 1994, págs. 221 ss., pero se atrofiaron de inmediato en la dogmática jurídico-pública hasta reducirse a formulaciones especiales del principio de legalidad de la Administración, como de nuevo sostiene ANSCHÜTZ en v. F. Holtzendorff/ J. Kohler (ed.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Bd. 4, 7.<sup>a</sup> ed. 1914, pág. 90.

12 C. F. v. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 3.<sup>a</sup> ed. 1880, págs. 237 s.: exclusión del Derecho público de todo lo «no-jurídico, de los materiales que pertenezcan simplemente a la consideración ética o política»; el correspondiente *credo* en P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, 5.<sup>a</sup> ed. 1911, pág. IX.

imprescindible, resulta accesible en las circunstancias dadas. De conformidad con su pretensión, tampoco comprenden en consecuencia la vida interior, los ánimos de los ciudadanos o la situación espiritual de la nación, sino sólo el ocurrir externo del acontecer político, y a ello se limitan. En cierto modo, la Constitución del Reich de 1871 representa el prototipo de esa idea de Constitución. En vano se buscará en ella cualquier contenido ideológico; se limita por completo, conforme a su texto, a la determinación y ordenación de los titulares de las decisiones políticas; y fue pensada como una «culminación ya imposible de superar» del proceso de dotar de forma al Estado, no como punto de partida para desarrollos futuros<sup>13</sup>.

De modo que, si no pudieran tratarse las transformaciones que se produjeron por debajo del texto en la estructura del poder federal, serían un misterio las tendencias que desembocaron, frente a su sentido originario, en una fuerte parlamentarización del sistema político. Todo esto se le escapaba a la Constitución y también a la doctrina del Derecho público, que en último término sólo podía deducir de todo ello, de forma resignada, la incapacidad de cualquier norma jurídica para dominar de hecho la distribución estatal de poder<sup>14</sup>; salvo que lo excluyera por completo de su consideración como *normatividad de lo fáctico*<sup>15</sup>. Ella misma se convierte de este modo, de una ciencia interesada en lo filosófico o en lo político, que ponía su mirada en la realidad, en una ciencia de normas o de libros; en una ciencia no por cierto plenamente neutral o libre de valores, sino, como sabemos hoy con la necesaria distancia temporal, completamente atrapada en una determinada actitud espiritual, pero justamente por ello y conforme a su ethos declarado ciencia de libros, del mismo modo que el texto al que se aplica es un simple libro, el libro inmutable y fundamental de la nación, que fija para toda la eternidad el reparto de sus bienes raíces<sup>16</sup>.

### III. LA PRETENSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ACTUAL

Estas esquemáticas reflexiones muestran ya que la pretensión normativa de una Constitución no es algo que se incorpore de inmediato a ella por su

13 E. FORSTHOFF, en *FS E. R. Huber*, 1973, págs. 3 ss. (5). Esta visión se corresponden al menos con la interpretación última, aunque quizá no necesariamente con la intención inicial de Bismarck, cfr. B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, págs. 62 ss.

14 G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906, nueva ed. de 1996, págs. 1 s., 72; de modo similar P. LABAND, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895, pág. 2. Ambos se limitan en buena medida a una «descripción empírica de importantes casos y tipos» de mutación constitucional, cfr. R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3.<sup>a</sup> ed. 1994, pág. 188, pero no la aclaran desde el punto de vista de la teoría de la Constitución.

15 G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 6.<sup>a</sup> reimpresión de la 3.<sup>a</sup> ed., 1959, págs. 337 ss., y allí justamente presentada como una parte de la «teoría social» del Estado, no de la «teoría del Derecho del Estado».

16 Siguiendo a HENNIS (cit. en n. 4), pág. 17; similar K. LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed. 1969, pág. 147.

propia naturaleza, a partir de la esencia o del concepto de Constitución que se ha asumido. Al contrario, es esencialmente una construcción, el resultado de una atribución, y cada tiempo, cada orden político y también cada doctrina la configuran conforme a sus ideas y necesidades<sup>17</sup>. A partir de aquí, pues, también puede ser modificada, adaptada o corregida si tales ideas y necesidades cambian.

Precisamente, la pretensión normativa de la Ley Fundamental ya no puede resistir hoy comparación alguna con el tiempo de su aprobación. Entonces tal pretensión resultaba aún a fin de cuentas modesta; en cuanto mero orden provisional y de urgencia, tal y como fue concebida originariamente, la Ley Fundamental de Bonn parecía situarse más bien, a diferencia de la Constitución del Reich aprobada en Weimar, en la vieja tradición de las constituciones típicas en Alemania durante mucho tiempo: estabilizadoras, austeramente técnicas, que se limitaban a canalizar el poder del Estado<sup>18</sup>. Con ello se correspondía el subrayado de la vinculatoriedad jurídica de todas sus normas, así como una comprensión de los derechos que los concebía preferentemente como limitaciones, como ámbitos sustraídos al poder público que, tras la pasada experiencia de ataduras a la comunidad, debía asegurar de nuevo al individuo un espacio libre para el desarrollo personal<sup>19</sup>. Tampoco había mucho de programático, de atribución de sentido, de *pathos* moral. La interpretación ha pasado por encima de todo esto: ha sometido la Ley Fundamental a diferentes transformaciones, que justamente pueden describirse como modificaciones de su pretensión normativa, y que la han convertido con el discurrir del tiempo en lo que es hoy.

## 1. DINAMIZACIÓN Y UNIVERSALIZACIÓN DE LA PRETENSIÓN

La primera modificación de la pretensión normativa, sobre la que se asientan todas las demás, consiste en el reconocimiento de que la Constitución está abierta a la transformación y al desarrollo. Esto resulta expresado en términos programáticos mediante la postergación de los métodos subjetivos de interpretación de la ley, y con ello también de la Constitución, y el giro hacia los métodos objetivos, en los términos en los que lo hace el Tribunal Constitucional ya

17 Hasta ahora esto resulta aún muy poco destacado; también desaparece en el discurso usual sobre las «funciones», «tareas», etc., de la Constitución, que se utilizan como sinónimos de la pretensión normativa de la Constitución, J. LEGE, *DVBl.* 2007, H. 11. Indicaciones sobre la interpretación de la normatividad como «proceso estructurado», sin embargo, en F. MÜLLER/R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, 8.<sup>a</sup> ed. 2002, págs. 193 ss.; en una teoría procedimental de la normatividad se aventura D. BURCHARDT, *Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis*, 2004, págs. 274 ss.

18 En tal sentido aún C. GUSY/I. HUECK/D. KUGELMANN, en T. Kreuder, *Der orientierungslose Leviathan*, 1992, págs. 25 ss. (39): la Ley Fundamental sobre todo como «Constitución limitadora».

19 Sobre la génesis R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2002, págs. 42 ss. Véase por el contrario ya en los debates constituyentes C. SCHMID: los derechos fundamentales como «decisión de conformar la vida estatal de acuerdo con una determinada orientación», *Parlamentarischer Rat 1948-49, Akten und Protokolle*, Bd. 5/I, 1993, pág. 66.

en el primer tomo de su colección de sentencias<sup>20</sup>. Con ello se emancipa la Ley Fundamental, sin que hayan transcurrido siquiera tres años desde su entrada en vigor, de la voluntad de sus creadores; en lugar de ser interpretada a partir de ella, resulta concebida como algo que está en el mundo por derecho propio, pero de este modo también como algo que se comprende a partir de sí mismo, y susceptible de transformarse. Cuando en adelante se siga insistiendo en una interpretación conforme al espíritu o al sentido originarios de la Constitución, de inmediato se percibe como algo retrógrado; evoca un intento de preservar un modelo de Estado procedente de un mundo ya periclitado —es el caso de Ernst Forsthoff—, o bien —como Wolfgang Abendroth— la pretensión de mantener abierta la posibilidad de una transformación del orden económico en un sentido socialista, que ya había sido superada por las relaciones existentes en 1949<sup>21</sup>. El reconocimiento de esta apertura al desarrollo, consustancial a la Constitución, se refleja hoy en una ulterior flexibilización de los métodos, que llega a abrir un proceso creador de concretización de las normas que siempre incorpora también la realidad que ha de ser ordenada<sup>22</sup>, y en el reconocimiento de la mutación constitucional, que hace tiempo que ya no es discutida como tal, sino sólo en cuanto no resulta claro si se trata de una figura dogmática independiente o simplemente de un caso particular más de interpretación que ya no es digno de una atención singularizada<sup>23</sup>. La pretensión normativa de la Constitución resulta así, en conclusión, dinamizada, quizá también relativizada.

20 BVerfGE 1, 299 (312); desde entonces jurisprudencia constante, cfr. 11, 126 (129 ss.); 53, 135 (147); 79, 106 (121), en cada caso en términos generales para la interpretación de la ley, pero con ello también implícitamente para la de la Constitución.

21 Cfr. FORSTHOFF (cit. en n. 4), págs. 11 ss., 61 ss.; W. ABENDROTH, *Das Grundgesetz*, 7.<sup>a</sup> ed. 1978, esp. págs. 15 ss., 68. Insiste en que es aconsejable en las actuales circunstancias una mayor atención a la voluntad del constituyente M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, págs. 332 ss. 339 ss.; el mismo autor en *FS für W. Schmitt Glaeser*, 2003, págs. 267 ss. Lo pone en duda, atendiendo a la tarea jurídica de resolver conflictos, H. SCHULZE-FIELITZ, en la obra editado por él mismo *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, págs. 11 ss. (26 s.); y podría resultar también poco realista como perspectiva.

22 El *credo* en BVerfGE 34, 269 (293); fundamental asimismo HESSE (cit. en n. 2), números marginales 60 ss.; MÜLLER/CHRISTENSEN (cit. en n. 17), págs. 43 ss., 81 ss., 144 s.; un status quaestionis en E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, págs. 53 ss. Volver a colocar «el tenor literal» o «el texto» como criterio decisivo o central podría implicar una sobrevaloración de la capacidad vinculante de los textos, y especialmente de los textos constitucionales, aunque se muestren de nuevo de acuerdo con ello A. SCHMITT GLAESER, *Vorverständnis als Methode*, 2004, 240; J. LEGE, *DVBl.* 2007, H. 11; a favor de una posición especial del argumento literal en el seno de la interpretación también MÜLLER/CHRISTENSEN (cit. en n. 17), págs. 244 ss., por lo demás en relación poco clara con la crítica del lenguaje realizada comúnmente por la «teoría estructuradora del Derecho», cfr. R. CHRISTENSEN/M. SOKOLOWSKI, en U. Haß-Zumkehr (ed.), *Sprache und Recht*, 2001, págs. 64 ss. (79): «el lenguaje no es normativo. Normativos son los hablantes»; cfr. al respecto también infra, en n. 98 y 110. Sobre la elaboración del supuesto de hecho cfr. G. KIRCHHOF, *Grundrechte und Wirklichkeit*, 2007, págs. 7 ss., 21 ss.; sobre el papel de la práctica estatal S. MÜLLER-FRANKEN, en *FS J. Isensee*, 2007, págs. 229 ss.; sobre la inclusión de las ciencias sociales W. HOFFMANN-RIEM, en *FS T. Raiser*, 2005, págs. 515 ss.; O. LEPSIUS, *JZ* 2005, págs. 1 ss.

23 A favor de la independencia de la figura BÖCKENFÖRDE (cit. en n. 1), págs. 141 ss.; la considera un caso particular de la interpretación P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 2.<sup>a</sup> ed. 1996, págs. 59 ss. (82 s.); nuevos acentos en C. WALTER, *AöR* 125 (2000), págs. 517 ss.; A. VOSKUHL,

También puede entonces ser ampliada más allá del ámbito de aplicación que originariamente le resultaba asignado, y resultar finalmente universalizada, como ocurre en un segundo paso —diferenciable con un criterio lógico, no temporal. Éste se representa en sustancia como una irrupción de la Constitución en los terrenos a través de los cuales se dilata el grado de vinculación constitucional en todos los ámbitos y hacia todas las direcciones de la vida estatal. En el comienzo —y de nuevo esto ya resulta hoy en buena medida olvidado, hasta tal extremo se ha convertido en natural para nosotros— se sitúa la extensión de la vinculación por el principio de igualdad desde la Administración al legislador. Pero es necesario caer en la cuenta de que bajo la Constitución de Weimar, con un texto normativo en buena medida idéntico, se trataba de algo en modo alguno indiscutible; Gerhard Anschütz, por ejemplo, lo consideraba aún en la sesión de la Asociación de Profesores de Derecho Político de 1926 en Münster «tan revolucionario que yo querría que me convencieran de ello»<sup>24</sup>. Bajo la Ley Fundamental, esta revolución triunfó de manera más bien incidental, sin particulares reservas y mediante una breve referencia, que en absoluto solventaba el problema propiamente dicho, al art. 1.3 de la Ley Fundamental<sup>25</sup>. En realidad esto significa nada menos que una vinculación del Estado al valor de la justicia, y por cierto en todos su ámbitos de actuación<sup>26</sup>.

En la misma dirección opera el desarrollo, también producido ya en un primer momento frente a unas significativas resistencias iniciales, de la insignificante partícula «social» que figura en el art. 20.1 de la Ley Fundamental, desde el «concepto en blanco y privado de sustancia» que originariamente se vio en ella<sup>27</sup> hasta convertirse en un fin del Estado omnicompreensivo, que conforme a la conocida formulación del Tribunal Constitucional obliga al Estado a la procura de la compensación de los desequilibrios sociales y de un orden social justo<sup>28</sup>. Otras estaciones de este mismo camino son la exigencia de proporcionalidad a todas las medidas que de algún modo suponen una

*Der Staat* 43 (2004), págs. 450 ss. En cualquier caso, reconociendo el hecho, se ha avanzado también ya una dogmática del «desarrollo constitucional», BRYDE (cit. en n. 13), págs. 221 ss.

<sup>24</sup> G. ANSCHÜTZ, intervención en la discusión, *VVDStRL* 3 (1927), pág. 48; también en *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, 14.<sup>a</sup> ed. 1933, Art. 109, observaciones 1 s.

<sup>25</sup> BVerfGE 1, 14 (52); desde entonces jurisprudencia constante; en contra aún por ejemplo R. THOMA, *DVBl.* 1951, págs. 457 ss. Acertadamente sobre los más profundos fundamentos de la extensión, que apuntan más allá del art. 1.3 de la Ley Fundamental, S. HUSTER, en Friauf/Höfling (ed.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 20.<sup>a</sup> actualización, 2007, Art. 3, números marginales 16 ss.

<sup>26</sup> La conexión con la «justicia» en BVerfGE 3, 58 (134), cfr. más recientemente por ejemplo BVerfGE 103, 310 (313); en la doctrina HUSTER (cit. en n. 25), número marginal 32; L. OSTERLOH, *EuGRZ* 2002, págs. 309 ss. (309 s.); y el mismo autor en Sachs, *Grundgesetz*, 4.<sup>a</sup> ed. 2007, Art. 3, número marginal 3; crítico F. SCHOCH, *DVBl.* 1988, págs. 863 ss. (877 s.).

<sup>27</sup> W. GREWE, *DRZ* 1949, págs. 349 ss. (351).

<sup>28</sup> BVerfGE 22, 180 (204); ya antes BVerfGE 1, 97 (104 ss.); 4, 7 (16 ss.); 5, 85 (197 ss.); 11, 105 (110 ss.). En contra E. FORSTHOFF, «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats», *VVDStRL* 12 (1954), págs. 8 ss.; las contribuciones esenciales al debate en el libro editado por este autor *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968.

carga para los ciudadanos; la materialización del principio del Estado de Derecho, con cuya ayuda también éste resulta ordenado a una idea general de justicia; la ampliación del principio democrático, hasta hacer de él un principio general legitimador de toda la actuación estatal a partir del Parlamento. Entretanto ha logrado convertirse en algo práctico incluso el principio que consagra la República, como se ha mostrado recientemente con el ejemplo de las cláusulas de mantenimiento de la alcurnia en los pactos sucesorios de la alta nobleza<sup>29</sup>.

Pero en el centro del desarrollo están sobre todo los derechos fundamentales, cuya nueva interpretación, en paralelo con la extensión de su ámbito de garantía, les han convertido, más allá de su originaria finalidad de protección frente al poder público, en normas que asignan tareas al Estado y en criterios que irradian sobre el conjunto del ordenamiento jurídico<sup>30</sup>. De este modo impregnan de modo creciente incluso las relaciones entre los ciudadanos. También se infiltran cada vez más profundamente en el Derecho ordinario, que de este modo ha aceptado y acepta hasta hoy de manera irrefrenable el arrastre del Derecho constitucional. La consecuencia es que amplios ámbitos del ordenamiento jurídico pueden ser considerados hoy como constitucionalizados, unos más y otros menos; existen entretanto ámbitos incluso —como la protección civil y penal del honor— en los que la relación usual entre el Derecho constitucional y el ordinario prácticamente se ha invertido, y el Derecho ordinario representa para la solución de los casos concretos sólo un marco materialmente abierto, en forma de cláusulas generales, mientras que la verdadera aplicación del Derecho es casi exclusivamente aplicación de la Constitución<sup>31</sup>.

La Constitución, frente a lo que fue su proyecto originario, incorpora así hoy el todo social, y del mismo modo los contenidos programáticos y orientadores han sido llevados —en ella misma, pero aún más en su percepción pública— a un muy primer plano, en detrimento de los simplemente organizatorios, que encarrilan la acción estatal en formas y procedimientos. Resulta pues consecuente que la Constitución, a lo largo del tiempo, haya sido constantemente enriquecida y previsiblemente lo siga siendo con nuevas formulaciones de fines —equilibrio de la economía general, paridad de géneros, ayuda a los discapacitados, ecología, protección de los animales, próximamente quizá la promoción de la cultura o el deporte. En todos los asuntos que conciernen a la sociedad se espera de la Constitución ahora que ofrezca orientaciones y potenciales soluciones. De ser ordenamiento parcial de la estructura institucional del Estado, tal y como fue concebida originariamente, se convierte en un or-

29 BVerfG, NJW 2004, 2008.

30 Fundamental BVerfGE 7, 198 (205 ss.) —caso Lüth, seguido de una jurisprudencia que desde hace tiempo es ya imposible de abarcar con la mirada. De la literatura, igualmente inabarcable, cfr. por todos H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, págs. 27 ss., y —críticamente— BÖCKENFÖRDE (cit. en n. 22), esp. págs. 159 ss.

31 Panorámica y análisis diferenciados en G. F. SCHUPPERT/C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, esp. págs. 37 ss., 45 ss., 58 ss., 63 ss.

denamiento fundamental de la comunidad en su conjunto, una «totalidad de vida», como casi amenazadoramente explicaba Rudolf Smend y se reproduce hoy con diversas formulaciones<sup>32</sup>.

## 2. ASPECTOS IDEALES Y ÉTICOS SE INCORPORAN A LA PRETENSIÓN

Pero esto supone sólo la faceta externa de un desarrollo que también tiene una interna, que avanza en profundidad. Consiste en un progresivo distanciamiento de la Constitución respecto de su texto y en su colonización por parte de una sustancia subyacente, que se conserva en el interior de la Constitución misma como su auténtico núcleo. También esto fue ya pronto mencionado por el Tribunal Constitucional, cuando en la sentencia sobre las indemnizaciones por detención injustificada indicó que la Constitución se compone no sólo de las concretas prescripciones del texto, sino también de «ciertos principios e ideas directrices de carácter general que las ponen en relación y preservan su unidad interna», y que cabría identificar no en última instancia a partir de un «modelo preconstitucional de conjunto»<sup>33</sup>. Cabe referirse aquí a un proceso de idealización de la Constitución, en la medida en que ahora ya no se considera sólo como contenido suyo lo incorporado en la escritura, sino que esta misma resulta retrotraída a determinados contenidos ideales o espirituales, de los cuales luego, por su parte, pueden ser deducidos nuevos contenidos que quedarían ocultos para una comprensión que atendiera sólo al texto<sup>34</sup>.

Dado que tales contenidos frecuentemente incorporan también una proposición ética o moral, resulta natural atribuirles una cualidad no sólo jurídica, sino también ética o moral. Tal paso fue consecuentemente dado por el Tribunal Constitucional al elevar la Constitución, siguiendo la teoría de Rudolf Smend, desde una ordenación jurídico-formal a una valorativa, preñada de

32 Cfr. SMEND (cit. en n. 14), pág. 189. Acertadamente habla A. HOLLERBACH, EN W. Maihofer (ed.), *Ideologie und Recht*, 1969, págs. 37 ss. (51), de una «cierta referencia a todo» de la Constitución; similar en Schuppert/Bumke (cit. en n. 31), pág. 58 («orden fundamental a cuyo criterio todo se somete»); véase también HÄBERLE (cit. en n. 23), pág. 122; resumiendo ahora H. HOFMANN, *JöR n.F.* 51 (2003), págs. 1 ss. (4 ss.): «los progresos de la Constitución como concepto de totalidad».

33 BVerfGE 2, 380 (Leitsatz 2); aquí referido al principio del Estado de Derecho, que de esta manera resulta enriquecido con los postulados de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza legítima; véase ya antes BVerfGE 1, 14 (Leitsatz 4).

34 Cfr. por todos A. SCHMITT GLAESER (cit. en n. 22), págs. 215 ss.: «el texto constitucional deviene invisible»; en términos similares M. HERDEGEN, *JZ* 2004, págs. 873 ss. (876). Merecería una discusión analizar si tales contenidos espirituales, siguiendo a E. CASSIRER, *Philosophie der symbolischen Formen*, 3 Tomos, 1921-29, pueden ser comprendidos en el concepto de forma simbólica, cfr. H. VORLÄNDER, en el libro editado por él mismo *Integration durch Verfassung*, 2002, págs. 9 ss. (18 ss.); bajo dicho concepto considera CASSIRER «aquella energía del espíritu a través de la cual un contenido significativo espiritual resulta anudado a un signo sensible concreto y se apropia íntimamente de ese signo», *Wesen und Wirkung des Symbols*, 1956, pág. 175. Que finalmente todo el Derecho existe no como texto, sino como «saber» —gestionado por expertos— es la tesis ulterior de A. SOMEK, *Rechtliches Wissen*, 2006, págs. 32 ss.

valores o vinculada a valores<sup>35</sup>. De este modo inundan necesariamente el Derecho las connotaciones éticas que, con independencia de su poco claro origen filosófico, están encerradas en el concepto de valor —como una convicción de lo bueno, lo verdadero, lo justo—, y que pugnan por realizarse conforme a su lógica immanente. El correspondiente proceso de incorporación ética se añade a la idealización y le resulta complementario. Pero ni se limita al concepto de valor ni depende de él, como se aprecia sin dificultad en el hecho de que tal concepto se utilice hoy en todo caso como reminiscencia nostálgica, sin que nada sustancial haya cambiado en el fondo de la cuestión<sup>36</sup>. Esto tiene su fundamento más bien en la similar cobertura que proporcionan los mencionados valores y los principios fundamentales de la filosofía moral moderna, tal y como nuclearmente están ya recogidos en el art. 1.1 de la Ley Fundamental; lo que entretanto se pone de manifiesto en que todo cuanto dicha filosofía moral considera hoy como un problema que plantea la vida colectiva sin esfuerzo puede tratarse también bajo la forma de un razonamiento jurídico-constitucional y viceversa<sup>37</sup>.

Quizá con ello se explique también la facilidad con la que, en el proceso de densificación normativa, se han logrado colmar de sustancia material, podría decirse también que de vida, las ideas ordenadoras y los modelos que en su origen resultaban completamente abstractos<sup>38</sup>. Cabe estudiarlo de forma ilustrativa en el modelo de la formación democrática de opinión y voluntad, tal y como lo presentó el Tribunal Constitucional por primera vez en la sentencia sobre la prohibición del KPD. La democracia aparece aquí, por encima de cuantas disposiciones pueden encontrarse escritas al respecto en el texto de la Ley

35 Fundamental BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (138 s.); para los derechos fundamentales BVerfGE 7, 198 (205 ss.), cfr. al respecto SMEND (cit. en n. 14), págs. 260 ss., esp. 264; el desarrollo, incluyendo su fundamento también transnacional, ahora en T. RENSMANN, *Wertordnung und Verfassung*, 2007, págs. 25 ss., 43 ss., 81 ss., 147 ss.

36 Sobre esta desvalorización del concepto de valor G. LÜBBE-WOLFF, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, págs. 283 ss.; K.-E. HAIN, *JZ* 2002, págs. 1036 ss. (1039 s.); H. DREIER, en el comentario editado por el mismo a la Ley Fundamental, *GG*, 2.<sup>a</sup> ed. 2004, *Vorbem. vor Art. 1* número marginal 82; el movimiento contrario quizá en U. DI FABIO, *JZ* 2004, págs. 1 ss.

37 B. SCHLINK, *Der Staat* 28 (1989), págs. 161 ss. (169). Un ejemplo instructivo: el tratamiento del velo islámico por parte de un lado del Tribunal Constitucional en su sentencia BVerfGE 108, 282 (298 ss., 314 ss.), de otro por R. FORST, *Toleranz im Konflikt*, 2003, págs. 720 ss., con argumentos en buena medida intercambiables. Ya en términos generales R. DREIER, en R. Dreier/F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, págs. 13 ss. (39 s.): el Tribunal Constitucional como «Corte de razón y justicia»; M. MORLOK, *Was ist und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, 1988, págs. 91 ss.; ahora más crítico el propio MORLOK, en Schulze-Fielitz (cit. en n. 21), págs. 49 ss. (58 s.). Pero a la vista de un «renacimiento global» de los discursos sobre la justicia, esta tendencia bien podría aun crecer en adelante, C. MÖLLERS/A. VORCKHLE, *Die Verwaltung* 36 (2003), págs. 321 ss. (331).

38 En adelante se hablará preferentemente de «modelos» —en lugar de «principios», «postulados», etc.—, porque el término expresa mejor lo que queremos decir. Sobre el concepto y la función de los «modelos» resulta instructivo leer a S. BAER, en E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (ed.), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, 2004, págs. 223 ss. (232 ss.); conforme a su criterio, los «modelos» se caracterizan justamente por un «contenido significativo que trasciende», un «momento creativo» con cuya ayuda aportan unas específicas posibilidades de orientación.

Fundamental, como un proyecto en lo sustancial común a los ciudadanos y que se desarrolla en una especie de modelo de estratos, desde abajo hacia arriba: con las contribuciones espontáneas y desorganizadas de una opinión pública interesada en la política como nivel inferior, asentada sobre ellas la «preformación» de las concepciones divergentes por parte de los partidos políticos en cuanto «eslabones intermedios»<sup>39</sup>, finalmente en la cúspide la formación de voluntad de los órganos constituidos en el seno de la organización estatal<sup>40</sup>. Este modelo se ha evidenciado como extraordinariamente influyente y orienta hasta hoy diferentes aplicaciones particulares, desde el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, pasando por la ordenación de la radiotelevisión, hasta llegar al Derecho de partidos.

Pero, en lo fundamental, existen hoy modelos similares en todos los niveles y en todos los ámbitos de aplicación: para la aplicación de los derechos fundamentales, con la «dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en el seno de una comunidad social», como formuló el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Lüth<sup>41</sup>; para el orden federal, con el modelo de un régimen solidario de división de trabajo que se edifica en torno al «principio federativo de la colaboración recíproca»<sup>42</sup>; para la ordenación de las competencias y de las funciones públicas, con el ideal de que las decisiones estatales «deben ser adoptas correctamente en la medida de lo posible, esto es, por parte de los órganos que disponen de los mejores presupuestos para ello en atención a su organización, composición, función y procedimientos»<sup>43</sup>.

Al lado de estos grandes modelos, formados a imagen y semejanza de los principios estructurales fundamentales de los arts. 1 y 20 de la Ley Fundamental, han ido apareciendo con el tiempo otros modelos con niveles de concreción intermedios e inferiores. Casi cada derecho fundamental tiene uno: para la autonomía privada, el modelo de un sujeto emancipado que mantiene relaciones simétricas, del cual luego puede ser deducido por ejemplo un deber de deferencia en beneficio de la parte contractual más débil en la ejecución de una fianza<sup>44</sup>; para la libertad de creación científica, el modelo del investigador em-

39 BVerfGE 44, 126 (146 s.). El concepto de «preformación» procede de U. SCHEUNER, cfr. en *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, págs. 374 ss. (353).

40 Cfr. BVerfGE 5, 85 (197 ss.); también BVerfGE 12, 205 (240 ss.); 20, 56 (96 s.); 57, 295 (319 s.); 85, 264 (284 s.); la designación como «modelo de estratos» en T. VESTING, *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. 2, 2001, págs. 219 ss. (229 s.).

41 BVerfGE 7, 198 (205); en términos similares la conocida y constantemente repetida —desde BVerfGE 4, 7 (15 s.)— fórmula de la imagen del hombre, cfr. al respecto P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 3.<sup>a</sup> ed. 2005, págs. 47 ss.

42 BVerfGE 72, 330 (419); también por ejemplo BVerfGE 101, 158 (220 s.), aquí también en búsqueda de un justo «medio» entre la independencia, responsabilidad propia y conservación de la individualidad de los Länder de un lado y la corresponsabilidad en régimen de comunidad solidaria de otro.

43 BVerfGE 68, 1 (86) —desplazamiento de tropas al extranjero. Con ello se corresponde también el que ningún poder disponga de un «peso excesivo» respecto de otro, cfr. BVerfGE 95, 1 (15) —caso Stendal.

44 BVerfGE 89, 214 (231 ss.) —fianza; véase también BVerfGE 103, 89 (100 ss.) —renuncia a la pensión de alimentos.

peñado en su esfuerzo en pos de la verdad, que por ello precisa de amparo y apoyo estatales<sup>45</sup>; la prohibición de extradición del art. 16.2 de la Ley Fundamental, como expresión de una vinculación interna, insoluble, del ciudadano con su Estado<sup>46</sup>. Un modelo corresponde a los partidos políticos: como mediadores a los que la Constitución encomienda una responsabilidad pública en el proceso de la representación democrática<sup>47</sup>; un modelo tiene la administración local autónoma: como «célula originaria de la democracia» en una construcción estatal desde abajo hacia arriba, protegida justamente como reacción frente a la experiencia centralista del régimen nacionalsocialista<sup>48</sup>; un modelo posee hoy cada órgano estatal: el Bundestag como colegio que reproduce en sus deliberaciones la formación de voluntad de la ciudadanía del Estado, y que en consecuencia ha de adoptar las decisiones «esenciales» de la Comunidad<sup>49</sup>, o el Gobierno como instancia orientada al bien común, apartada de la competencia entre los partidos y que por ello antes de las elecciones no puede desarrollar publicidad alguna<sup>50</sup>. Sólo el parlamentario individual ha de apañárselas inicialmente sin un modelo garantizado, lo que dificulta entonces el juicio acerca de sus actividades e ingresos al margen del Bundestag<sup>51</sup>.

Pero todo ello queda cubierto finalmente por el modelo de la coherencia y la interrelación, el más general de todos, por la idea de que todo esto, por más diversificado que parezca, está en una íntima relación recíproca, tal y como resaltan la fórmula de la unidad de la Constitución y la idea general de la unidad del Estado<sup>52</sup>. Por ello irradian los modelos de los niveles superiores de concre-

45 BVerfGE 35, 79 (112 ss.) —sentencia sobre las Facultades universitarias.

46 BVerfGE 113, 273 (294) —orden europea de detención; al respecto la irónica crítica contenida en el voto particular de Lübbe-Wolff (327). La lista podría prolongarse sin esfuerzo, por ejemplo mediante la interpretación del matrimonio y la familia como la «célula nuclear de toda sociedad humana», que el Estado debe proteger y apoyar, cfr. BVerfGE 6, 55 (71 s.); 57, 170 (176); 76, 1 (44 s.); la libertad de elección de profesión y oficio como el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad en el ámbito del empleo, BVerfGE 7, 377 (397), recientemente insertado en o limitado por las exigencias funcionales de la competencia, BVerfGE 105, 252 (265 ss.) —caso Glykol; etc.

47 Cfr. la descripción que resume las funciones de los partidos en BVerfGE 85, 264 (284 s.); la interpretación expresa de su actuación como «tarea» por ejemplo en BVerfGE 91, 276 (284 s.).

48 BVerfGE 79, 127 (149) —caso Rastede.

49 Cfr. BVerfGE 86, 90 (106); los fundamentos en D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, 26 ss., 204 ss.

50 BVerfGE 44, 125 (140 ss.). Como modelos cabría enumerar además, siempre renunciando a una lista exhaustiva, el Presidente Federal como instancia sustraída a la competencia política que en su persona representa el conjunto del Estado; el Bundesrat como representación de los Länder y no de los intereses de los partidos; etc.

51 BVerfG 2 BvE 1/06 de 4 de julio de 2007. La discrepancia en el seno de la Sala que se hace pública en esta sentencia aparece por tanto como ausencia de claridad sobre el «modelo» adecuado, como prueba el uso inflacionario del concepto, cfr. los párrafos número 214 ss., 230, 232, 252, etc.

52 Cfr. BVerfGE 62, 1 (45), que sigue siendo la única que lo ha dicho con tanta claridad; sobre la tarea de integración deducida de aquí por el propio Tribunal, ya BVerfG, *JöR* n.F. 6 (1957), págs. 175 ss. (194, 199 s.); crítico U. HALTERN, *JöR* (1997), págs. 31 ss. (67 ss.). Resumidamente sobre el principio de «unidad de la Constitución» como topos orientador de la interpretación MÜLLER/CHRISTENSEN (cit. en n. 17), págs. 288 ss.

ción en los inferiores, que deben ser interpretados a partir de ellos, del mismo modo que los superiores se construyen a su vez a partir y sobre la base de los inferiores. Conjuntamente, en estos procesos en los que se imponen los aspectos ideales y éticos, dan expresión a lo que comunitariamente se considera bueno, justo y razonable para una sociedad, a su credo secular, aún hoy aún inmune a cualesquiera dudas.

### 3. HACIA UN NUEVO SENTIDO DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN

Con ya casi 120 volúmenes de jurisprudencia constitucional, una buena docena de comentarios sistemáticos a la Ley Fundamental, varios grandes tratados colectivos y un sinnúmero de monografías y estudios, la conformación de este patrimonio común de modelos e ideas ordenadoras ha progresado ampliamente. En las decisiones del Tribunal Constitucional se encuentra concentrado hoy en el llamado «apartado de criterios», de ordinario en la sección C I de las sentencias, donde se desarrollan en términos abstractos los presupuestos para la solución del caso<sup>53</sup>; la doctrina, por su parte, en absoluto se limita a comentarlo o criticarlo, sino que en parte lo completa, en parte incluso lo anticipa<sup>54</sup>. Apenas aparece hoy un trabajo de cierta extensión que carezca de un apartado referido a la historia constitucional o de las ideas, a partir del cual se realizan luego transferencias hacia el contenido del Derecho constitucional vigente. Hasta qué extremo ha progresado el pensamiento estructurado en forma de modelos e ideas ordenadoras puede también comprobarse en el número de escritos de habilitación que los incorporan ya al mismo título de forma programática: «libertad», «control», «justicia» en sí misma o «justicia del sistema»; «neutralidad», «solidaridad» en múltiples versiones; «continuidad», de ordinario con complementos como «en el Derecho constitucional» o «como principio», «postulado», «programa», etc.<sup>55</sup>. Resulta pues plenamente consecuente que, como se

53 Que de este modo perviven más allá de las circunstancias en las que surgieron, O. LEPSIUS, en Schulze-Fielitz (cit. en n. 21), págs. 319 ss. (356).

54 La tesis de B. SCHLINK, *Der Staat* 28 (1989), págs. 161 ss., conforme a la cual la ciencia del Derecho público habría sido «destronada» por la jurisprudencia constitucional, resulta ya por ello sólo limitadamente acertada; la relativizan P. LERCHE, *BayVBl.* 2002, págs. 649 ss.; SCHULZE-FIELITZ, en el libro que edita, cit. en n. 21, págs. 28 ss.; en la misma obra F. SCHOCH, págs. 187 s. BÖCKENFÖRDE (cit. en n. 22) ha puesto de manifiesto en qué gran medida descansa precisamente el giro fundamental de la sentencia del caso Lüth sobre una «fructífera comunicación entre jurisprudencia y doctrina», tras analizar penetrantemente los fundamentos de la resolución.

55 E. GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976; K.-U. MEYN, *Kontrolle als Verfassungsprinzip*, 1982; G. ROBBERS, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, 1980; F.-J. PEINE, *Systemgerechtigkeit*, 1985; K. SCHLAICH, *Neutralität als Verfassungsprinzip*, 1972; O. DEPENHEUER, *Solidarität im Verfassungsstaat*, 1991, accesible en [http://www.uni-koeln.de/jur-fak/semphil/docs/depenheuer\\_habil.pdf](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/semphil/docs/depenheuer_habil.pdf); U. VOLKMANN, *Solidarität — Programm und Prinzip der Verfassung*, 1998; A. LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, 2002. Los «principios» en su conjunto ahora también en K.-E. HAIN, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, 1999. Comentario irónico de B.-O. BRYDE, en Vorländer (cit. en n. 34), págs. 329 ss. (337): «Estamos entretanto en torno a las veinte habilitaciones por año en Derecho constitucional, casi ninguna baja de las quinientas páginas, y todas deben resultar en

ha observado en los últimos años, se pretenda con intensidad creciente reconstruir a partir de tales paredes maestras la teoría de la Constitución, que ya desde hace tiempo está en paradero desconocido, y que en función de las preferencias de cada cual —por lo común con una reveladora omisión de los contenidos propios del principio federal— se presenta como una nueva tríada de «diversidad, seguridad y solidaridad», como «teoría del discurso del Estado democrático de Derecho», como «comunitarismo liberal», etc.<sup>56</sup>. En absoluto se trata ahora de valorar el acierto de tales reconstrucciones; pero parece que hay disponible entretanto material suficiente para emprenderlas, y sólo de ello nos ocupamos aquí.

Estas transformaciones tienen amplias repercusiones sobre la Constitución y su pretensión normativa. Provocan un desplazamiento hacia otras esferas de vigencia, de las que sólo en términos muy condicionales puede decirse que guarden relación con la vigencia jurídica en el sentido que hasta ahora se ha dado el término. Esto se pone de manifiesto hacia el exterior, en primer lugar, en la primacía de la Constitución, a la que se solía aferrar hasta ahora la singularidad de tal vigencia<sup>57</sup>. Bajo una Constitución que consiste ante todo en prescripciones jurídicas «normales», inmediatamente aplicables, tal primacía respecto del Derecho subordinado incorpora sólo una formulación especial del principio de *lex superior*; por tanto una pura regla de colisión. Para una Constitución que cobra forma esencialmente en sus decisiones fundamentales y en sus modelos, la primacía se orienta por el contrario hacia la programación y penetración de los contenidos de tal Derecho, como se ha expresado gráficamente en el discurso sobre la «fuerza de irradiación» de los derechos fundamentales. Más allá aún, la vigencia se refiere ahora con más intensidad que antes a una faceta también ética o moral, en el sentido de un reconocimiento y una disposición interna a la aceptación. Esto fue claramente apreciado por los críticos de la temprana jurisprudencia de los valores, en cuyos orígenes esta idea fue destacada, y resulta consecuencia necesaria de la referencia a algo común bueno y justo, que es lo que se custodia en los diferentes modelos e ideas ordenadoras<sup>58</sup>. Aquí queda necesariamente comprendida (se produzca, como ocurre hoy a veces, un distanciamiento verbal, o no<sup>59</sup>) una pretensión de aceptación y acuerdo, que luego también puede actualizarse mediante la obli-

teoría innovadoras, deben por tanto defender la existencia de nuevos contenidos de la Constitución en los que nadie hasta ahora hubiera reparado».

56 En el orden en que se citan E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz*, 1994, págs. 13 ss.; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 2.ª ed. 2001; W. BRUGGER, *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus*, 1999, págs. 253 ss.

57 Cfr. ya supra, apartado II.

58 M. TRAPP, *ARSP* 72 (1986), págs. 153 ss. (162 ss.); E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, págs. 82 s.

59 Así dice el Tribunal Constitucional, *NJW* 2001, págs. 2069 ss. (2070): los ciudadanos «no están jurídicamente constreñidos a compartir personalmente las decisiones de valor de la Constitución»; serían más bien libres «de poner en cuestión incluso las valoraciones fundamentales de la Constitución». En términos similares, con referencia a las comunidades religiosas, BVerfGE 102, 370 (394 s.); BVerfG, *DVBl.* 2007, 119 (121).

gación de proclamar expresamente la adhesión en determinadas situaciones límite o de transición —por ejemplo en el acceso a la función pública o en la nacionalización entendida como entrada en la comunidad estatal<sup>60</sup>.

La vigencia jurídica en su sentido clásico, como posibilidad de imposición coactiva de una específica norma singular, tal y como es aludida por ejemplo en el art. 1.3 de la Ley Fundamental, no queda con ello privada de sentido. Pero resulta finalmente reservada para las reglas jurídicas prácticas, tal y como se explican en la Facultad a los alumnos, mientras que, por encima, la verdadera sustancia de la Constitución crece cada vez más, casi tiende a desprenderse de ellas y elevarse.

La Constitución en cuanto tal se diferencia a su vez, de este modo, en dos círculos. El exterior es de naturaleza jurídico-formal; consiste en reglas y principios de carácter técnico, más o menos claros, que son aplicados en los casos concretos de conflicto. En cuanto tal coincide en buena medida, aunque no plenamente, con el texto. El círculo interno, por el contrario, contiene los modelos y los principios ordenadores centrales, cuyo contenido se va enriqueciendo progresivamente a lo largo del tiempo, en los que se han consolidado normativamente las ideas de una sociedad sobre las condiciones de su convivencia<sup>61</sup>. Desde lejos podrían reconcerse en ello fragmentos de la antigua diferenciación schmittiana entre Constitución y ley constitucional; mas lo que Schmitt designaba como «Constitución» —la decisión fundamental sobre la unidad política— no se reduce ahora al acto soberano de un poder constituyente, desprendiéndose de este modo de la «ley constitucional»<sup>62</sup>, sino que justamente en ésta y a través de ésta se proyecta sobre la realidad. Además, la sustancia interna de la Constitución no está ya dada desde el principio, sino que sólo surge progresivamente, se desarrolla y cobra forma en un largo proceso histórico de interpretación y adquisición de vigencia. A partir de esta sustancia, sin embar-

60 Véanse para la nacionalización los párrafos 8 y 10 de la Ley de nacionalidad (StAG); sobre la discusión actual F.-W. DOLLINGER/A. HEUSCH, *VBIBW* 2006, págs. 216 ss.

61 Esta divergencia resulta señalada o al menos evocada con frecuencia, cfr. por ejemplo SCHUPPERT/BUMKE (cit. en n. 31), págs. 39 s.; B.-O. BRYDE, en Merten/Papier, *HdGR* II, § 17 números marginales 63 ss.; M. BULLINGER, *JZ* 2004, págs. 209 ss. (211). P. LERCHE, en *FS 50 Jahre BVerfG*, 2001, Bd. 1, págs. 343 s., menciona unas «representaciones intermedias que orientan la interpretación» como «estrato constitucional directivo», pero con ello se refiere en lo esencial a lo que aquí denominamos modelos e ideas ordenadoras; ya similar SCHEUNER (cit. en n. 39), pág. 183. Una función análoga cumple el «prejuicio» en A. SCHMITT GLAESER (cit. en n. 22), esp. págs. 15 ss. También la teoría de los principios de R. ALEXY comprende la correspondiente intuición, pero excluye precisamente la dimensión ético-moral que aquí incorporamos, cfr. su *Theorie der Grundrechte*, 5.<sup>a</sup> ed. 2006, págs. 125 ss.; ésta es a su vez central para la «lectura moral» de la Constitución norteamericana propuesta por R. DWORKIN, *Freedom's Law*, 1996, págs. 7 ss. De la discusión americana cfr. asimismo M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton 1999, págs. 9 ss. («Constitución estilizada» como núcleo de la Constitución común a los juristas y a los ciudadanos, «Constitución dilatada» en cuanto más elaborada y diferenciada por los juristas). Para la Constitución europea —que aún no existe— se extraen paralelismos orientados a la búsqueda de una «teoría europea de los principios» por parte de A. VON BOGDANDY, en A. von Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, págs. 149 ss.

62 Cfr. SCHMITT (cit. en n. 1), págs. 11 ss., 20 ss.

go, la Constitución encarna ahora una idea de la convivencia buena y justa en un determinado Estado. Se la puede considerar en este sentido como el orden político de la justicia de una concreta comunidad, y es en esta fórmula donde se resume la plena transformación de su pretensión de vigencia<sup>63</sup>.

#### IV. LA INFLUENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ACTUAL SOBRE LA REALIDAD POLÍTICA

Si esta valoración es correcta, se plantea también de un modo diferente y nuevo la pregunta por el desarrollo de esta pretensión en la realidad política. Sería entonces a todas luces demasiado reductor referirla sólo a las reglas exteriores de la Constitución, a sus principios jurídicos formales, e investigar en consecuencia si y en qué medida son respetados cada uno de ellos<sup>64</sup>. Constaríamos entonces quizá que existen prescripciones constitucionales de eficacia completamente incuestionada (como el precepto sobre los colores de la bandera), que muchos principios constitucionales son respetados al menos de forma general (como el catálogo de competencias o las reglas sobre el procedimiento legislativo), que algunos concretos han perdido por el contrario su valor ante la práctica estatal (como la limitación de la asunción de deuda pública o la competencia del Canciller para fijar directrices<sup>65</sup>), que de unos pocos más cabe hoy decir que sólo rigen sobre el papel (como el artículo sobre la socialización o la prohibición de ciertos partidos políticos<sup>66</sup>). Pero con todo ello no se

63 Cfr. K. HESSE, *JZ* 1995, págs. 265 ss. (266): Constitución como «orden bueno y justo de la Comunidad»; DENNINGER (cit. en n. 56), pág. 10; HOLLERBACH (cit. en n. 32), págs. 46 ss.; P. BADURA, en *FS für U. Scheuner*, 1973, págs. 19 ss. (32 ss.); G. FRANKENBERG, *Die Verfassung der Republik*, 1996, págs. 19 ss: Las constituciones regulan, como «convención fundamental», cuestiones de «justicia», de «bien común» y de «sabiduría política». Ahora en la discusión constitucional suiza P. MASTRONARDI, *Verfassungslehre*, 2007, «teoría de la Constitución» expresamente concebida como «teoría del Estado bueno y justo», págs. 137 ss., 225 ss., 380 ss.; sobre la tendencia a una concepción material de la Constitución en Austria E. WIEDERIN, en Schulze-Fielitz (cit. en n. 21), págs. 293 ss. (314 s.); contraposición de los tipos de Constitución por parte de G.F. SCHUPPERT, *AöR* 120 (1995), págs. 32 ss. (49 s.). — Bien cabe discutir acerca del concepto de «Comunidad» que figura en la fórmula citada, en Alemania cargado de connotaciones, así como sobre la vinculación entre «lo bueno» y «lo justo», que en la filosofía liberal del Estado resulta frecuentemente rechazada; a ambas cuestiones me he referido con mayor detalle por ejemplo en *ZRPbil* 2 (2004), págs. 8 ss.

64 Esto no significa que por ello esta faceta haya de ser poco valorada: justamente la preservación de las reglas externas, de los procedimientos, etc., dota a la comunidad de forma y sustento, y justamente a través de ellas cumple la Constitución su tarea de limitar el poder estatal. A. VOSKUHL, *AöR* 119 (1994), págs. 35 ss. (48 s.). Pero quedaríamos empantanados en las cuestiones particulares si nos limitáramos a esto, véase al respecto lo que se dice de inmediato en el texto.

65 Sobre la limitación del crédito W. HÖFLING, *DVBl.* 2007, págs. 934 ss., y ahora BVerfG, 2 BvF 1/04 de 9 de julio de 2007. A la desvalorización de la competencia para fijar directrices contribuye sobre todo el desplazamiento de las decisiones a las negociaciones de coalición y a círculos informales en el marco de la nueva «democracia de coalición», cfr. sólo K.-R. KORTE/M. FRÖHLICH, *Politik und Regieren in Deutschland*, 2.<sup>a</sup> ed. 2006, págs. 56, 94 ss.

66 Posible consecuencia del fracasado mandato de prohibición dirigido contra el NPD, BVerfGE 107, 339.

habría dicho aún absolutamente nada sobre la pretensión fundamental de la Constitución; todo cuanto se pudiera explicar en estos términos podría afirmarse también de igual o similar modo respecto de, digamos, la ordenación del tráfico o una tabla de franquicias, y el resultado, referido a la Constitución en su conjunto, bien podría informarnos de que el grado de cumplimiento de la norma es parecido. Ahora bien, de lo que se trata es de saber si y en qué medida este cumplimiento externo de la Constitución preserva también la sustancia fundamental de la Constitución, sus contenidos ideales y orientadores, y los transmite al interior de la realidad; y de saber, por otra parte, cómo tales contenidos resisten ante las transformaciones de esta realidad.

## 1. ABSTRACCIÓN E INTENSIFICACIÓN DE LA INFLUENCIA

El peculiar modo de esta transmisión resulta esencialmente determinado por la disposición y la estructura de los contenidos en los que se custodia la mencionada sustancia fundamental. A causa de tal estructura se diferencian esencialmente de las clásicas prescripciones normativas con cuyo auxilio resultan ordenadas con carácter vinculante situaciones de hecho singulares y aisladas. En cuanto modelos de índole ideal y puntos de vista orientadores, desarrollan más bien su eficacia sobre todo en forma de impulsos e incitaciones, que en determinados momentos relevantes son llevados al seno de la realidad y resultan allí procesados. Y se convierten ahí en objeto de una confirmación simbólica que se renueva en cada ocasión, a través de la cual la Constitución cobra visibilidad en cuanto orden de justicia<sup>67</sup>. También los procesos ante la jurisdicción constitucional, en los que en parte no irrelevante esto se produce, tienen que ser por tanto escenificados de manera fundamentalmente pública, como representación, con informes preliminares y subsecuentes, con transmisión en directo de la lectura de la sentencia como punto culminante, y con comentarios complementarios por parte de los jueces que han formado la sala como música de acompañamiento<sup>68</sup>.

67 De los «impulsos» (y «directrices») como eficacia de la Constitución habla también, como es sabido, la sentencia del caso Lüth, cfr. BVerfGE 7, 198 (205), pero aquí sin embargo sólo limitado a la eficacia en el seno del propio sistema jurídico. Frente a ello, aquí los conceptos son utilizados en un sentido más amplio, referido por completo al ambiente social y político, cfr. por ejemplo HÄBERLE (cit. en n. 23), págs. 122 s. Cabe pensar entretanto en la teoría de sistemas, que tras su giro autopoietico ve todo el Derecho limitado a producir «ruidos» o «interferencias» que «irritan» a los demás sistemas, cfr. N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 440 s., y *Die Politik der Gesellschaft*, 2000, 373 s. Esto puede creerse o no en tales términos; pero bien puede admitirse como imagen gráfica del proceso aquí descrito. Aproximaciones también en HOLLERBACH (cit. en n. 32), 47 s.; GRIMM (cit. en n. 11), 325 s., 328 s.; BRYDE (cit. en n. 61), números marginales 2 s.; SCHUPPERT/BUMKE (cit. en n. 31), 39 s.

68 Observaciones de interés al respecto en H. SCHULZE-FIELTZ, en G. F. Schuppert/C. Bumke (ed.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, 111 (119 ss.); sobre los límites que aún subsisten A. BRODORCZ, en G. Frankenberg/ P. Niesen (ed.), *Bilderverbot*, 2004, 121 ss. Sobre el «día de puertas abiertas» introducido en 2001, que también se corresponde con lo aquí dicho, A. BRODORCZ/S. SCHÄLLER, en Vorländer (cit. en n. 3), 235 ss.

La influencia del Derecho constitucional sobre la realidad resulta de este modo también generalizada, se despegga del supuesto concreto y tiene lugar en un nivel superior de abstracción, pero además en forma más bien subcutánea, penetrando en las capas inferiores donde tienen lugar los procesos vitales. Y en tal estrato se incrementan entonces con claridad las prestaciones de la Constitución y también su capacidad de dirección, en la medida en que ella misma puede mantener contacto con las transformaciones estructurales y generales que afectan a su objeto.

Muestra cómo funciona esto en el mejor de los casos el esfuerzo de la «nueva ciencia de la Administración»<sup>69</sup> por comprender el cambio que se observa en los últimos años en las formas de ejecución de las tareas estatales mediante conceptos estructurales clave como «Estado garante», «autorregulación regulada», «distribución de responsabilidades», etc. Un esfuerzo que con claridad puede ser visto también como el intento de llevar a la práctica en los nuevos contextos la responsabilidad estatal por el bien común asumiendo los impulsos surgidos precisamente de la Constitución<sup>70</sup>. De forma similar opera también el curso decididamente liberal que ha adoptado el Tribunal Constitucional en las cuestiones de seguridad interior, como señal continuada dirigida a la política para que se tenga en cuenta la originaria relación entre libertad y seguridad frente al desplazamiento observable tras el 11 de septiembre; algo que cabe retener de cada una de las sentencias particulares en la materia, por más que sea patente que el propio Tribunal ha de comportarse, en la competición frente al Estado que pretende prevenirlo todo, como la liebre frente a la tortuga del célebre cuento<sup>71</sup>. Pero también aquí es ante todo el mensaje lo que cuenta: contra el ilimitado recurso a la reserva y al secreto, contra la orientación del Derecho de

69 El concepto aparece como programa en A. VOßKUHL, en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts* I, 2006, § 1 números marginales 16 ss.; sobre la vinculación de la perspectiva que ahí se propone a la Constitución, «en cuanto expresión de un orden material de valores», a partir de la ciencia de la dirección de procesos, número marginal 28.

70 Claramente en A. VOßKUHL, «Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und die staatliche Verantwortung», *VVDStRL* 62 (2003), págs. 266 (292 ss.); C. FRANZIUS, *Der Staat* 42 (2003), págs. 493 (500 ss.); resumidamente las contribuciones a G.F. SCHUPPERT (ed.), *Der Gewährleistungsstaat — Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2004; sobre el concepto esencialmente acuñado por W. HOFFMANN-RIEM de la «autorregulación regulada» véanse las aportaciones a *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats*, *Die Verwaltung* 2001, suplemento 4. Cfr. frente a ello aún los temores a una disolución del Estado en la disponibilidad de los particulares a seguir sus indicaciones en GRIMM (cit. en n. 11), págs. 361 ss., 420 ss.; U. DI FABIO, «Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung», en *VVDStRL* 56 (1997), págs. 235 ss. (252 ss.), así como la relegación del Estado en cuanto centro de dirección de la Sociedad desde el punto de vista de la teoría de sistemas, H. WILLKE, *Ironie des Staates*, 1993, págs. 85 ss., 310 ss.; N. LUHMANN, *Politik* (cit. en n. 67), págs. 228 ss.

71 Véase de un lado BVerfGE 109, 279 —sobre el «Großer Lauschangriff» [escuchas policiales en el interior del domicilio]; 113, 273 —orden europea de detención; 113, 348 —Ley de policía de Baja Sajonia; 115, 320 —Rasterfahndung [procedimientos de búsqueda policial a través de la conexión de bases de datos]; 115, 118 —Ley de seguridad aérea; de otro, la valoración de H. PRANTL, *SZ* de 21 de abril de 2007, pág. 3: «Siempre que los jueces toman la palabra, la construcción del Estado previsor ha avanzado ya tres pisos».

policía hacia el terreno preventivo, en resumen contra una tendencia que despierta temores a contraluz de una idea de justicia preservada por la Constitución.

Tal eficacia puede ser lograda a largo plazo, sin embargo, sólo si también resultan introducidas en el proceso las normas técnicas que forman la capa exterior de la Constitución. Puesto que la visibilidad de los modelos se logra esencialmente en su aplicación y a través de ella, debe asegurarse que, cuando finalmente deben ser de verdad tomados en serio, puedan también «funcionar». Por eso tienen que ser precisados cada vez con mayor detalle, para mantener viva la sugestión de que la Constitución en cuanto tal dispone de orientaciones y criterios de dirección justamente para las grandes cuestiones<sup>72</sup>. Todos los contenidos que inicialmente resultan formulados sólo en términos generales o ideales desembocan por ello, antes o después, en una ulterior concepción dogmática o material a través de la cual también devienen justiciables: el principio de igualdad que se descubre como mandato de justicia en la llamada «nueva fórmula» que lo concreta\*, los deberes de protección que reflejan la transformación del modelo de Estado en la prohibición del defecto de protección, el modelo de los partidos en la formulación de un modelo cerrado de financiación<sup>73</sup>.

Con todo esto, apenas hay ocasión en adelante para la plena devolución de una pregunta al ámbito de la política; y, si acaso ocurre, como en el supuesto del velo islámico, resulta abiertamente criticado también desde el propio círculo de especialistas como la rareza que realmente ha llegado a constituir<sup>74</sup>. La consecuencia paradójica del desplazamiento de la influencia a un nivel abstracto es, de este modo, una intensificación de esa influencia en lo concreto, que además debe ser incrementada en la misma medida en que comienzan a palidecer la eficacia y el atractivo de los modelos a consecuencia de las transformaciones sociales<sup>75</sup>. Por eso dicha eficacia ha avan-

72 Esto se produce fundamentalmente también a través de la doctrina, y no en último extremo en las Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Político, cfr. al respecto M. Bullinger, *JZ* 2004, págs. 209 ss. (212 s.).

\* N. Del T.: Recibe tal denominación la fórmula jurisprudencial conforme a la cual resulta infringido el principio de igualdad cuando se produce una diferencia de trato entre dos grupos de sujetos «aunque entre ambos grupos no exista diferencia alguna de tal tipo y tal intensidad que pueda justificar el tratamiento desigual». Una breve referencia a la dualidad de fórmulas en K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20.<sup>a</sup> ed., págs. 189 ss.

73 Sobre el principio de igualdad en este contexto L. OSTERLOH, *EuGRZ* 2002, págs. 309 ss. (311); sobre la financiación de los partidos BVerfGE 85, 264. La prohibición del defecto de protección procede de BVerfGE 88, 203 (254); entretanto ya ni siquiera se precisa invocarla, como ponen de manifiesto BVerfGE 114, 1 (33 ss.) y 73 (97 ss.). Como ejemplo de un trabajo de detalle realizado hasta ahora fundamentalmente por la doctrina véase el enriquecimiento de la responsabilidad medioambiental formulada en el art. 20a de la Ley Fundamental mediante la prohibición de degradar la protección, el principio de sostenibilidad, etc., cfr. D. MURSWIEK, en M. Sachs, *GG*, 4.<sup>a</sup> ed. 2007, Art. 20a números marginales 37 ss., 39 ss.

74 Véase BVerfGE 108, 282 (306 ss.) y el voto particular, 335 (338 s.): «sentencia sorprendente».

75 En tal sentido la fundada suposición de H. SCHULZE-FIELITZ, *AöR* 122 (1997), págs. 1 ss. (23).

zado de nuevo, justamente en el ámbito de los derechos fundamentales, hacia nuevas dimensiones hasta ahora desconocidas. Cuando aquí por ejemplo, por sólo mencionar algunos casos, el Tribunal Constitucional abre para los asegurados de un seguro de vida la perspectiva de una atención transparente a sus primas en la contabilidad de los beneficios<sup>76</sup>, a un enfermo terminal la de un tratamiento mediante procedimientos curativos científicamente no acreditados como una enigmática «terapia mediante bioresonancias»<sup>77</sup>, o al padre putativo, junto a los ya existentes procedimientos de impugnación de la paternidad, la de un ulterior proceso declarativo privado de consecuencias jurídicas<sup>78</sup>, entonces parece que con ello quedan definitivamente abiertos todos los diques que habían sido contruidos para evitar la inundación de la vida jurídica cotidiana por parte del Derecho constitucional. Pero el Tribunal Constitucional, en tiempos de verdades inseguras, de individualización, pluralismo creciente y fragmentación, trasmite al ciudadano también una idea del valor y del significado de sus derechos fundamentales, le muestra que, cuando ya no puede confiar en nada más, al menos puede fiarse de ellos. El Derecho constitucional termina de este modo por aproximarse aún más a la política y a la sociedad, cuyas discusiones acota y orienta de modo cada vez más estrecho.

## 2. DESFORMALIZACIÓN Y PÉRDIDA DE RACIONALIDAD DE LA INFLUENCIA

Los costes que implica hacer visible la Constitución en su aspecto más general recaen sobre la decisión del caso particular. De modo necesario, ésta resulta más abierta y discrecional, más difícil de pronosticar<sup>79</sup>. Ello depende en primer lugar de la nueva dinamicidad de las normas técnicas, externas, a través de las cuales resultan mediados los contenidos ideales y orientadores de la Constitución. Colocadas en relación con una sustancia constitucional interna situada tras ellas, a partir de la cual son interpretadas, también dichas reglas pierden estabilidad, más en general su cualidad técnico-formal, y cabe modificarlas, adaptarlas o reinterpretarlas en la medida en que parezca necesario a tenor del núcleo constitucional interno que irradia sobre ellas. Así pudo en el pasado, a partir de una igualdad «ante» la ley y al amparo del modelo de una vinculación general del Estado a la igualdad, surgir una igualdad «frente» a la ley; y así pueden hoy, ante una nueva interpretación del papel de la República Federal en la Comunidad internacional, ser legitimadas ante el art. 87a.2 de la

76 BVerfGE 114, 73; la misma tendencia en BVerfGE 114, 1, con referencia a la transferencia de una participación en los superávits.

77 BVerfGE 115, 25 (41 ss.) con la justificada crítica de S. HUSTER, JZ 2006, págs. 466 ss.

78 BVerfG, NJW 2007, 753; en cualquier caso se trata de una relación de derechos fundamentales con al menos cuatro posiciones diferentes implicadas.

79 Es desde siempre el tenor fundamental de la crítica desde E. FORSTHOFF, en FS C. Schmitt, 1959, págs. 35 ss. (50 ss.), y op. cit. en n. 5, págs. 67 ss., pasando por BÖCKENFÖRDE (cit. en n. 22), págs. 53 ss. (61 ss., 80 s.), hasta llegar a B. SCHLINK, JZ 2007, 157 ss.

Ley Fundamental misiones del ejército federal en el extranjero con una fundamentación que hace cuarenta años hubiera sido unánimemente cuestionada<sup>80</sup>.

Las razones están sin embargo, en una relación nueva, transformada, entre norma jurídica y caso concreto, que está a su vez ligada a una Constitución que ante todo pretende ser ordenación política de justicia. Conforme a la doctrina clásica, la norma jurídica tiene ante todo la tarea de fijar de antemano los presupuestos para adecuada decisión del caso concreto en forma de una premisa que permanece en segundo plano<sup>81</sup>. A partir de una concepción de la Constitución universalizada, idealizada y dotada de contenidos éticos, la decisión del caso particular sirve esencialmente, por el contrario, para demostrar la corrección y el alcance de las premisas fundamentales, esto es, de las ideas centrales de justicia. La decisión del caso concreto conforme a las reglas del arte jurídico, siguiendo una dogmática ya consolidada o incluso sólo en continuidad con la propia jurisprudencia, se convierte de este modo en algo de importancia subordinada. Así, la vinculación jurídica puede, en función del caso, ser destacada —como en la decisión sobre la ley de seguridad aérea— o distendida —como en la decisión sobre la disolución del Bundestag—, todo ello según lo impongan las circunstancias<sup>82</sup>.

En cualquier caso, esta conclusión no debe dramatizarse: el Derecho constitucional también sigue encontrándose, como antes, con el caso sencillo y claro —el amparo solicitado por el querulante, la ley que se limita a organizar la administración del ministerio—, y frecuentemente los ajustes minuciosos y las elaboraciones de la dogmática contribuyen a dotar de nuevo a las decisiones de mayor previsibilidad. Pero algunas veces, como se ha reprochado ante todo a las adaptaciones de la dogmática de los derechos fundamentales recientemente discutidas<sup>83</sup>, los mismos ajustes y elaboraciones dan entrada a desplazamientos en los correspondientes modelos, cuando no se limitan exclusivamente a incrementar su influencia sin poder garantizar al mismo tiempo su racionalidad. Una más elevada presencia de la Constitución en su condición general resulta así adquirida al precio de una pérdida de fuerza directiva en el caso concreto.

80 Así caracteriza acertadamente J. MASING la sentencia BVerfGE 90, 286 *Der Staat* 44 (2005), págs. 1 ss. (1 s.); sobre la crítica también J. LEGE, *DVBl.* 2007, H. 11. Incluso las determinaciones de competencia, que en sí mismas deberían ser interpretadas de modo más bien estricto, no quedan al margen de esto y se sitúan también ahora bajo un genérico «mandato de interpretación que atienda a la materia y resulte funcionalmente adecuada», cfr. BVerfGE 36, 193 (209); más referencias doctrinales en P. LERCHE, en *FS 50 Jahre BVerfG*, 2001, Bd. 1, págs. 333 ss. (354).

81 Texto clásico es el de H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed. 1960, 73 ss.; véase también K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.<sup>a</sup> ed. 1991, 250 ss., 271 ss.

82 BVerfGE 114, 121 —disolución del Bundestag, al respecto por ejemplo la crítica de C. PESTALOZZA, *NJW* 2005, págs. 2817 ss. («art. 68 de la Ley Fundamental light»); 115, 118 —Ley de seguridad aérea, cfr. al respecto infra, n. 86.

83 En tal sentido ante todo W. KAHL, *Der Staat* 43 (2004), págs. 167 ss., y en *AöR* 131 (2006), págs. 579 ss. (580 s.), pronunciándose sobre las consideraciones de W. HOFFMANN-RIEM, en M. Bäuerle *et alii* (ed.), *Haben wir wirklich Recht*, 2003, págs. 53 (59 ss., 71 ss.); la réplica de éste en *Der Staat* 43 (2004), 203 ss.; ya antes E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat* 42 (2003), págs. 165 ss. Sobria y ponderadamente por ejemplo D. MURSWIEK, *Der Staat* 45 (2005), págs. 473 ss.; analiza justamente la vinculación con el nuevo modelo del Estado garante R. MARTINS, *DÖV* 2007, págs. 456 ss.

Como capturada por un espejo cóncavo, esta aporía concentra su luz sobre la norma capital de la Ley Fundamental, la garantía de la dignidad humana, que hoy ha de conjuntar en su seno las dos almas de la Constitución. En los años cincuenta y hasta bien entrados los sesenta era sólo, en lo esencial, un modelo exigente, vinculado a trasfondos morales y también religiosos, que como pauta y medida irradiaba sobre los demás derechos fundamentales y sobre el ordenamiento jurídico en un sentido genérico, pero que no desempeñaba papel alguno en la decisión de cuestiones conflictivas prácticas, justamente porque no debía ser transformada «en calderilla»<sup>84</sup>. Desde entonces es también considerada, cada vez más, como una norma inmediatamente aplicable, como se refleja en la mayoritaria afirmación de su cualidad de derecho fundamental<sup>85</sup>; que, en consecuencia, debe dar respuesta a un número creciente de cuestiones planteadas por el desarrollo político, social o tecnológico: investigación con células madre y eutanasia, lucha contra el terrorismo y dumping salarial, seguros asistenciales y Hartz IV\*, juegos de ordenador que exaltan la violencia o creaciente infantilización de las personas en la era de la televisión privada — sobre todo ello se espera que la dignidad humana ofrezca sea orientación, sea la defensa de fronteras que hasta ahora se creían seguras. En el discurso público, la dignidad de la persona está así más presente que nunca — y, con todo, nunca había estado tan poco claro lo que realmente significa<sup>86</sup>.

84 Así ante todo la concepción de G. DÜRIG, cfr. en Maunz/Dürig, *GG*, 1.<sup>a</sup> ed., Art. 1 números marginales 4 ss.; actualmente C. ENDERS, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, págs. 109 ss.; DREIER (cit. en n. 36), Art. 1 números marginales 124 ss.

85 Por todos W. HÖFLING, en M. Sachs, *Grundgesetz*, 4.<sup>a</sup> ed. 2007, Art. 1 números marginales 3 ss., con ulteriores referencias. Por el contrario, la sentencia BVerfGE 115, 118 (151 ss.) parece tender de nuevo, como sugiere la estructura del control que desarrolla, hacia una lectura exclusivamente jurídico-objetiva; mas posiblemente debiéramos limitarnos aquí a mantener abierta la cuestión.

\* N. Del T.: Cuarta ley de reforma del mercado de trabajo (de 24 de diciembre de 2003, con entrada en vigor el 1 de enero de 2005), de las adoptadas en Alemania bajo los auspicios del gabinete del socialdemócrata W. Schröder, que modifica sustancialmente el régimen de prestaciones por desempleo.

86 Son representativas las controversias sobre la dignidad del embrión *in vitro*, véanse al respecto —con posiciones en parte radicalmente discrepantes— J. IPSEN, *JZ* 2001, págs. 989 ss.; C. STARCK, *JZ* 2002, págs. 1065 ss.; W. HEUN, *JZ* 2002, págs. 517 ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *JZ* 2003, págs. 809 ss.; H.-C. DEDERER, *AöR* 127 (2003), págs. 1 ss.; DREIER (cit. en n. 36), Art. 1 números marginales 81 ss. También en cuestiones que hasta ahora se consideraban resueltas, como las torturas para obtener información que permitiera el rescate de un secuestrado, el consenso deviene frágil; a favor de admitirlas por ejemplo W. BRUGGER, *Der Staat* 35 (1996), págs. 67 ss.; R. HERZBERG, *JZ* 2005, págs. 321 ss.; V. ERB, *NSZ* 2005, págs. 593 ss. La decisión acerca del § 14.3 de la Ley de seguridad aérea — BVerfGE 115, 118 (151 ss.) — pretende recuperar una certidumbre que no existía antes ni surge después de ella, cfr. la crítica de C. GRAMM, *DVBl.* 2006, págs. 653 ss.; C. HILLGRUBER, *JZ* 2007, págs. 209 ss.; pudo ser adoptada en tales términos sólo porque el Tribunal dejó a un lado las precisiones y especificaciones entretanto desarrolladas para concretar la fórmula de no instrumentalización, en sí misma insuficiente, y giró hacia la simple afirmación de la inconstitucionalidad. Las irritaciones que surgen en esta materia tienen su fundamento más profundo en el hecho de que en la dignidad de la persona se enfrentan hoy «dos planos no conmensurables», como afirma certeramente O. LEPSIUS, en Schulze-Fielitz (cit. en n. 21), págs. 319 ss. (351).

### 3. RIGIDEZ Y MOVILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN UN MUNDO EN TRANSFORMACIÓN

Bajo tales circunstancias hay que preguntarse, sin embargo, qué es lo que aún queda de la normatividad de la Constitución como criterio de medida establecido de algún modo en el propio programa normativo. La quintaesencia de la exposición que precede es que tal normatividad tampoco puede ser buscada, o sólo superficialmente, en la concreta «norma del caso» que se aplica<sup>87</sup>, sino sólo en los modelos de fondo que con dicha norma del caso y a través de ella son puestos en vigor. Depende decisivamente, pues, de la firmeza o modificabilidad de esos modelos de fondo, por tanto de si y en qué medida éstos pueden afirmarse frente a la correspondiente realidad como algo independiente, ya decidido, o de si por el contrario ellos mismos están abiertos a la transformación.

La impresión que se obtiene en este extremo es sin embargo, en primer lugar, diferenciada. De un lado, los modelos disponen plenamente, y por cierto todos ellos, de un núcleo firme sustraído a la movilidad; aunque abstractos, no son en modo alguno discrecionales<sup>88</sup>. De otro lado, justo a causa de la singularidad de su eficacia, deben arriesgarse a asumir la realidad en mayor medida que los imperativos clásicos. Además, su mutabilidad de principio crece en la medida en que su contenido se llena de sustancia material mediante una cadena histórica de interpretaciones que es singular para cada uno de ellos. Tales trayectorias de interpretación no son irreversibles.

A partir de este trasfondo, sin embargo, sorprende la continuidad que alguno de ellos ha mostrado a lo largo del tiempo. Ante todo, el modelo del proceso político, que puede basarse en una historia interpretativa relativamente larga, parece bastante resistente, casi inmune, frente a las transformaciones de la realidad política, al menos en comparación con lo que se repite por lo general de tales ideas. Al menos el Tribunal Constitucional se ha mantenido aferrado durante casi medio siglo, hasta hoy, al modelo ahí consagrado de una búsqueda discursiva de la verdad que se verifica en estratos diferenciados, apoyados los unos sobre los otros, y ello frente a cuanta descomposición y creciente superficialidad efectivamente se viene constantando desde siempre en este ámbito<sup>89</sup>.

Pero también cabe hacer la constatación contraria. Ocurre una y otra vez que, en el curso de la historia de sus interpretaciones, los propios modelos, en

87 El concepto en W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* IV, 1977, 202 ss., pero ahí entendido como conjunto de supuestos iguales para los que está prevista una misma consecuencia jurídica.

88 A. VORKUHLE, *AöR* 119 (1994), págs. 35 ss. (53 s.).

89 Acertadamente observado por H. ROSSEN-STADTFELD, en Schuppert/Bumke (cit. en n. 68), págs. 169 ss. (193 ss.). Esto sirve también para los modelos deducidos de aquí, por ejemplo el modelo de los partidos políticos, el del papel dominante del parlamento, etc. Quizá no para el modelo del diputado, cfr. al respecto la síntesis de H.-J. CREMER, *Anwendungsorientierte Verfassungsauslegung*, 2000, págs. 53 ss., 199 ss.; sobre otros modelos modificados cfr. a continuación en el texto.

cuanto substancia interna de la Constitución, se adaptan a una realidad que a cada momento se transforma. Ya en la cara complementaria de la formación de opinión y voluntad políticas que constituye el ejercicio del poder, que sigue el conocido modelo de los «eslabones» o «columnas» de legitimación, se han mostrado finalmente diversas distensiones —como en la sentencia, por ello fuertemente criticada, de la Lippeverband\*—, que parecen seguir la tendencia general a transferir decisiones estatales a agentes externos y que podrían indicar la transición de un modelo originario relativamente cerrado a otro de mayor variabilidad<sup>90</sup>. En todo caso, como abierto en grado máximo se mostrado en el pasado ante todo el modelo del principio federal, en cuyo seno, en parte siguiendo una tendencia política, en parte también a remolque de ciertas reformas constitucionales, el péndulo ha sido desplazado varias veces en direcciones completamente diferentes, primero hacia ideas latentemente unitaristas (el Estado federal «unitario»), luego hacia una idea general de colaboración en régimen de división de trabajo (el Estado federal «cooperativo»), desde hace algún tiempo volviendo de nuevo a la descentralización y el deslinde de competencias (el Estado federal «competitivo»), lo que a continuación se iba concretando en cada caso en interpretaciones de diferente generosidad de las atribuciones de competencia y en actitudes oscilantes a la hora de admitir la denominada Administración Mixta<sup>91</sup>. En el ámbito de los derechos fundamentales, las hoy discutidas modulaciones que pasan de unos ámbitos amplios de protección a otros más estrechos también podrían reflejar desplazamientos en el modelo aquí relevante, situado ante el trasfondo de la individualización social y de una creciente conflictividad en el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>92</sup>.

¿Pero qué es lo que decide sobre afirmación o adaptación, conservación o modificación de los diferentes modelos en cuanto sustancia interna de la Constitución? Está claro que no se trata, o al menos no en primera línea, del grado en el que se distancian de la realidad política. Justamente el modelo de estratos en la formación de voluntad política tiene desde este punto de vista algo de (incluso casi conmovedoramente) anticuado, quizá también propio de la «vieja Eu-

\* N. del T.: Sociedad encargada de la regulación y limpieza del caudal del río Lippe en su último tramo.

90 BVerfGE 107, 59 (91 ss.) —caso Lippeverband, al respecto la crítica de M. JESTAEDT, *JuS* 2004, págs. 649 ss. También en la doctrina el modelo, originariamente muy rígido, resulta ahora cada vez más flexibilizado, cfr. E. PACHE y T. GROß, «Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung», *VVDStRL* 66 (2007), págs. 106 ss. (136 ss.) y 152 ss. (171); H.-H. TRUTE, en Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, cit. en n. 69, § 6 números marginales 15 ss.

91 Sobre la Administración Mixta véanse primero las sentencias BVerfGE 32, 145 (156); 39, 96 (120): «prohibición constitucional de la llamada Administración Mixta»; debilitada luego a «principio de cumplimiento de las tareas bajo propia responsabilidad» en la sentencia BVerfGE 63, 1 (40). Frente a ello, la Sentencia sobre la Ley de telecomunicaciones cita ahora de nuevo la vieja fórmula, BVerfGE 108, 169 (182). Sobre los efectos de la modificación de los modelos sobre la interpretación del ordenamiento competencial véase la franca exposición de C. CALLIESS, *DÖV* 1997, págs. 889 ss.

92 Cfr. las referencias en n. 83.

ropa», y no hace falta demasiado esfuerzo para desenmascarar su divorcio de la realidad y para vincular a esto la exigencia de tirarlo por la borda junto con sus diferentes concreciones — como la interpretación funcional de la libertad de radiotelevisión, con todo lo que ello comporta<sup>93</sup>. Mas precisamente con ello podría malograrse lo más notable del modelo, que en este caso consiste en mantener viva la idea que en él se custodia incluso frente a manifestaciones de degeneración; entretanto esto funcione, es posible limitarse provisionalmente a integrar con cautela nuevos desarrollos, como en este contexto ocurre por ejemplo cuando ahora se asume también la publicidad comercial dentro del círculo de las expresiones de opinión dotadas de valor político<sup>94</sup>.

Más que de su cercanía a la realidad, la estabilidad de los modelos podría entonces depender de la resonancia y aceptación que encuentran, o mejor: que *aún* encuentran en el seno de la comunidad constitucional. Así visto, las numerosas oscilaciones en el modelo del Estado federal tendrían su fundamento en una falta de orientación sobre su sentido que se extiende hasta hoy; las debilidades en el modelo de legitimación democrática en la mantenida crítica al mismo. Por el contrario, la relativa constancia en el modelo del proceso democrático podría ser reconducida al hecho de que éste mantiene ininterrumpidamente su atractivo como representación de un objetivo final e incluso hoy indica por aproximación cómo cabe imaginar una democracia que funcione como tal<sup>95</sup>.

Pero la firmeza de los modelos singulares resulta entonces, por tanto, sólo relativa; encuentran su sustento y el auténtico fundamento de su vigencia en el consenso de los ciudadanos; en una visión común, pese a todas las diferencias de intereses y convicciones individuales, sobre cómo la comunidad en la que se vive debe ser ordenada de modo ideal o razonable<sup>96</sup>. Dónde ya no existe tal visión compartida concluye la pretensión normativa de la Constitución.

<sup>93</sup> En este sentido por ejemplo T. VESTING, en *FS 50.Jahre BVerfG*, 2001, Bd. 2, págs. 219 ss. (229 ss.); véase en contra H. ROSSEN-STADTFELD, en Schuppert/Bumke (cit. en n. 68), págs. 169 ss. (194), y allí también la correspondiente caracterización.

<sup>94</sup> BVerfGE 102, 347 (359 ss.) —publicidad de impacto.

<sup>95</sup> En la concreta decisión de conflictos opera por ello como reserva de legitimación a la que el Tribunal Constitucional *tiene que* recurrir para al menos poder aún defenderla hacia el exterior, como señala certeramente H. ROSSEN-STADTFELD, en Schuppert/Bumke (cit. en n. 68), págs. 169 ss. (194 s.). En otro caso, la democracia separa justamente vencedores y perdedores y pone en riesgo con ello la eficacia integradora de la Constitución, B.-O. BRYDE, en Vorländer (cit. en n. 34), págs. 329 ss. (330, 335 ss.).

<sup>96</sup> Como dependencia general de la Constitución respecto del consenso esto resulta conocido desde hace tiempo, cfr. por todos MORLOK (cit. en n. 37), págs. 96 ss.; GRIMM (cit. en n. 11), págs. 300 ss.; de «voluntad de Constitución» habla HESSE (cit. en n. 6), págs. 12 ss. Pero es que se trata también de una dependencia de los contenidos concretos, en lo cual tiene su fundamento material el lema de P. HÄBERLE de la «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución», tantas veces tomado por una ligereza; véase lo que se dice a continuación en el texto.

## V. ¿DEL PREDOMINIO DE LA NORMA HACIA EL PREDOMINIO DE LA REALIDAD?

Finalmente, todos los esfuerzos por elevar dicha pretensión a un nivel completamente nuevo, que cada vez produce más vértigo, desde el que todo debería ser abarcado y dominado, parecen con ello conducir de nuevo al mismo lugar donde en su momento empezó todo: a la renovada sumisión de la Constitución respecto de la realidad. Ciertamente ya no cabe referirse con esto, en un sentido materialista, a un predominio de las relaciones políticas de poder, en los términos que Ferdinand Lassalle puso de manifiesto. Mas podría ser correcto en un sentido ideal, en el sentido de una fuerza determinante de las convicciones sociales, que finalmente conformarían sólo una variante sublimada de aquel viejo predominio<sup>97</sup>. Y, en último extremo, ¿qué sería esto sino el predominio de las valoraciones del día a día, siempre cambiantes, el predominio del espíritu del tiempo?<sup>98</sup>.

La concepción de la Constitución que alimenta tales temores fue formulada en una primera versión ya hace unos doscientos años, en la *Filosofía del Derecho* de Hegel, y quien quiera saber dónde nos encontramos hoy y dónde no nos encontramos puede seguir orientándose por ella. «Constitución» en esta filosofía, ya desde el punto de partida, no es nada que pueda ser desgajado de las convicciones de los ciudadanos, de sus ideas de orden y justicia; resulta más bien idéntica a éstas, y por cierto como una ordenación acuñada por la cultura, la moral y la tradición, «la idea y la conciencia de lo razonable hasta el extremo en que se ha desarrollado en un pueblo». Para su existencia carece por tanto de importancia que haya sido escrita en alguna parte, en un documento o como texto especial; por principio es «no algo simplemente hecho», sino «el trabajo de siglos», como dice Hegel, y sólo tiene significado y valor allí donde un pueblo ha elaborado para sí «el sentimiento de su Derecho y de su condición»<sup>99</sup>. La Constitución resulta así un orden esencialmente interiorizado y vivido, coincide con la conciencia constitucional de los ciudadanos y tiene realidad sólo en cuanto tal conciencia. Precisamente de este modo, sin embargo, desarrolla

97 Por lo demás, también Lassalle (cit. en n. 8), pág. 480, vio esto perfectamente; entre las relaciones fácticas de poder que conforman la Constitución contaba también —«dentro de ciertos límites»— «la conciencia general».

98 Así críticamente BÖCKENFÖRDE (cit. en n. 22), págs. 51 s., 63 ss.; T. WÜRTEMBERGER, *Zeitgeist und Recht*, 2.<sup>a</sup> ed. 1991, págs. 147 ss.; lo registra sobriamente H. SCHULZE-FIELITZ, *AöR* (1997) 122, págs. 1 ss. (16 ss.), con ulteriores referencias. Pero tampoco queda el problema ya expulsado del mundo con referirse al «núcleo inmutable» de la Constitución, al «tenor literal como límite extremo de la interpretación», etc. Bien puede existir tal núcleo (cfr. ya supra, IV 3), y también el tenor literal puede servir de guía ocasionalmente, como con razón señala recientemente H. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, 2003, págs. 219 ss., con referencia a los «casos claros» que también se producen; cfr. sin embargo O. DEPENHEUER, *Der Wortlaut als Grenze*, 1988, esp. págs. 38 ss.; R. CHRISTENSEN/H. KUDLICH, *ARSP* 2007, 128 ss. Pero el problema subsiste, esencialmente más allá de ese núcleo y no en último lugar para la determinación de sus límites.

99 G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, en *Werke*, Bd. 7, ed. por E. Moldenhauer / K. M. Michel, 1986, § 274 agregado (subrayado de U.V.).

fuerza reguladora, y por cierto una mucho más vigorosa que lo que nunca podría lograr un sistema de reglas coactivas simplemente establecidas, impuestas a esos ciudadanos por un poder exterior: permite una convivencia ordenada y pacífica, atribuye fundamento al ejercicio de la libertad individual, genera orientación y sentido. Con todo ello consigue, para Hegel, una cualidad inmediatamente moral, como el armazón y el fermento que mantiene internamente unida a una sociedad liberal que se escinde y está continuamente amenazada por sus tendencia centrífugas<sup>100</sup>. No tiene, por lo demás, normatividad alguna en el sentido habitual, en el sentido de un «así debe ser» dispuesto por alguien; es emanación del espíritu del pueblo y del tiempo, con cuyo ulterior desarrollo coincide: es una ordenación que se adapta elásticamente a la corriente del tiempo, a los progresos de las ideas de justicia que en cada momento resultan dominantes<sup>101</sup>. La tarea de la ciencia jurídica, como la escuela histórica del Derecho formuló más tarde de modo ejemplar para el ámbito del Derecho civil, supone sustancialmente, pues, una confirmación de tales ideas, a modo de una atenta escucha del sentimiento y del criterio de los tiempos, lo que resulta mucho más intuitivo que racionalizable de modo alguno o metódicamente orientado, algo más propio de las ciencias del espíritu que jurídico<sup>102</sup>.

¿Estamos hoy tan lejos de todo ello? En la medida en que la Constitución incorpora en su seno las ideas fundamentales de orden y justicia de los ciudadanos, esta orientación en sí más espiritual que vinculante parece también ahora la única que aún sigue en pie, después de que otras orientaciones de este tipo hayan resultado quebradizas. Pero en la misma medida depende también de las mutaciones de esas ideas; y si también el Tribunal Constitucional, atrapado por tarea de integración que él mismo formuló, procura orientar sus decisiones, en una especie de anticipación de la obediencia, también en función de su posible aceptación (algo que sabemos por los informes de los anteriores Presidentes), ello muestra hasta qué cotas puede llegar la adaptación<sup>103</sup>.

La vinculación como vinculación de contenidos se debe necesariamente entonces, pues, a una construcción paradójica y en sí misma precaria<sup>104</sup>. Porque puede resultar sólo de la asociación de la Constitución con las ideas de justicia y orden realmente existentes en la sociedad, por tanto de que se haya logrado pro-

100 Ibid., §§ 257, 260, 265.

101 Cfr. el célebre Prefacio, *ibid.*, págs. 11 ss.: «Lo que es racional, es real; lo que es real, es racional»; la propia concepción de Hegel es caracterizada como «muy alejada de diseñar un Estado» — y con él también su ordenamiento jurídico — «como debe ser».

102 Texto clásico: F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, en J. Stern (ed.), *Thibaut und Savigny*, reimpresión de 1959, págs. 69 ss. (75 ss.).

103 E. BENDA, *DÖV* 1983, págs. 305 ss. (306 s.); J. LIMBACH, «*Im Namen des Volkes*», 1999, págs. 165 ss. (176 ss.); al respecto ya clásico B. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, pág. 168.

104 Se trata al final del viejo problema de la vigencia del Derecho, que retorna aquí especialmente referido a la Constitución, pero que para ésta se agudiza especialmente ante la ausencia de un aparato sancionador asegurado. Consideraciones al respecto en H. HOFMANN, *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, págs. 24 ss., 53 ss.

yectarlas en el texto escrito, de modo que en adelante aparezcan encarnadas simbólicamente en él<sup>105</sup>. De este modo, desde todas las perspectivas se atribuye vinculatoriedad a la Constitución como forma normativa, mientras que sobre su contenido concreto habrá de tratarse de nuevo en cada supuesto de aplicación.

La forma sirve entonces, al mismo tiempo, como almacén de las ideas de orden desarrolladas en el pasado, como recipiente de una tradición y de una historia de vigencia que se hace presente en cada aplicación a través de los precedentes, del acervo histórico, de las interpretaciones<sup>106</sup>. Tampoco el intérprete puede desligarse de todo ello de modo arbitrario. Las interpretaciones del pasado no ejercen sobre él autoridad alguna, ciertamente, porque no pueden exigirle cuentas, y también le cabe decidir en su contra en caso de un cambio de las correspondientes ideas de orden. La autoridad sobre él resulta ejercida, sin embargo, por parte de un imaginario futuro (como cabría formular siguiendo algunas reflexiones recientes del pragmatismo americano), en el cual también la versión elegida por el intérprete pretenderá por su parte mantener vigencia<sup>107</sup>. Las nuevas orientaciones, por tanto, han de justificarse frente a las anteriores y ser defendidas frente a un futuro en el que aparecerán como orientaciones ya del pasado. Sigue existiendo plenamente, pues, vinculación en el sentido de vinculación de contenidos, pero sustancialmente como una vinculación a través de una práctica compartida; se funda en una estructura de reconocimiento recíproco establecida como tal, que vive del pasado, pero se piensa en cuanto proyectada hacia el futuro, y de la cual nadie puede escapar en un punto particular sin poner a la vez en cuestión todo el conjunto<sup>108</sup>.

## VI. SE BUSCA CONSTITUCIÓN

Del mito de la Constitución como un orden indisponible, casi cincelado en piedra, nos queda entonces sólo, pues, la relativa firmeza de una «praxis social que se dirige y se estabiliza por sí sola»<sup>109</sup>. Por lo demás, es válido para ella lo

105 Cfr. VORLÄNDER (cit. en n. 34), pág. 21, y el mismo autor en G. Melville/H. Vorländer (ed.), *Geltungsgeschichten: Über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen*, 2002, págs. 243 ss. (258 s.).

106 Fundamental sobre la eficacia vinculante de los precedentes M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.<sup>a</sup> ed. 1976, págs. 164 ss.; constataciones empíricas por parte de S. SCHÄLLER, en Vorländer (cit. en n. 3), págs. 205 ss. Sobre la vinculación al nivel de desarrollo alcanzado por la interpretación constitucional T. WÜRTENBERGER, en *FS A. Hollerbach*, 2001, págs. 223 ss. (236 s.): interpretación como «conversación con la tradición de la interpretación constitucional».

107 R. BRANDOM, *DZPhil* 47 (1999), págs. 355 ss. (376 ss.), aquí justamente en contraposición con Hegel; con más detalle en su libro *Making it Explicit*, 1994 (en alemán: *Expressive Vernunft*, 2000, págs. 43 ss.).

108 R. BRANDOM, *DZPhil* 47 (1999), págs. 353 ss. (376). Va demasiado lejos por ello la tesis de B. SCHLINK, *JZ* 2007, págs. 157 ss. (161), conforme a la cual el Tribunal Constitucional se habría liberado entretanto de toda vinculación, también de la referida a sus propios precedentes; tal libertad existe sólo en teoría.

109 J. LIPTOW, *Regel und Interpretation*, 2004, pág. 220.

que en último extremo rige para cualquier texto: en el mismo momento en que el texto se aparta de la esfera del autor, la autoridad de éste se traslada, sin que contra ello pueda hacerse gran cosa, y pasa a manos de la autoridad del lector, esto es, de la correspondiente comunidad histórica actual de interpretaciones y significados<sup>110</sup>. Ésta comprende el texto a partir de la conexión de tradiciones con la que se encuentra, lo recompone de nuevo para adaptarlo a su propia situación, busca en él respuesta a las preguntas que se le plantean aquí y ahora. El trabajo con la Constitución aparece así como una conexión de interpretaciones y relatos que se trenza de generación en generación, la Constitución misma como punto de partida de un proyecto común cuyo desenvolvimiento ulterior resulta completamente incierto<sup>111</sup>. En este proyecto, también los tribunales constitucionales y la ciencia del Derecho constitucional son unos actores más entre otros muchos, están cada vez más sometidos a la crítica cuyo ejercicio reivindican también otros actores, y en no pocas ocasiones padecen por sus propios errores<sup>112</sup>.

Al mismo tiempo cabe observar cómo este proyecto se extiende cada vez más por encima de las fronteras nacionales, cómo se comprueban las posibles soluciones aportadas por otros ordenamientos, del mismo modo que también éstos se apoyan en el nuestro<sup>113</sup>. Ante todo en la aplicación de los derechos fundamentales y bajo el amparo institucional del Derecho europeo e internacional, esto ha conducido entretanto a que los correspondientes resultados sean cada vez más similares entre sí desde el punto de vista de la dogmática, pero también del contenido, más allá de cualesquiera diferencias en las formulaciones textuales<sup>114</sup>. En consecuencia, queda definitivamente excluida la posibilidad de

110 Los textos clásicos en la recopilación de F. Jannidis *et alii* (ed.), *Texte zur Theorie der Autorschaft*, 2000, aquí por ejemplo R. BARTHES, «Der Tod des Autors», págs. 185 ss., M. FOUCAULT, «Was ist ein Autor?», págs. 198 ss. La confianza en la capacidad vinculante de los textos ha sido conmovida, en no último lugar, por el deconstructivismo, cfr. al respecto —especialmente referido al Derecho— J. DERRIDA, *Gesetzkraft*, 1991, págs. 43 ss.

111 Cfr. B. ACKERMAN, *Yale Law Journal* 89 (1989), págs. 453 ss. (477): la Constitución (de los Estados Unidos) como «tradición históricamente arraigada de teoría y práctica — un lenguaje evolutivo sobre política a través del cual los americanos han aprendido a hablarse entre ellos en el curso de la secular lucha acerca de la identidad nacional»; véase entre nosotros la interpretación de P. HÄBERLE de la Constitución como «proceso público», cfr. su obra cit. en n. 23, esp. págs. 63 ss., 121 ss.; también DENNINGER (cit. en n. 56), pág. 29; H. SCHULZE-FIELITZ, en *FS 50 Jahre BVerfG*, Bd. 1, 2001, págs. 385 ss. (410).

112 Sobre el papel del Tribunal Constitucional ya I. EISEN, *Das Bundesverfassungsgericht als Instrument gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1986; sobre la creciente apertura a la crítica como nueva normalidad H. SCHULZE-FIELITZ, *AöR* 122 (1997), págs. 1 ss. (25 s.).

113 Sobre esta aceptación de la perspectiva jurídico-comparada P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; K.-P. SOMMERMAN, *DÖV* 1999, págs. 1017 ss.; M. HERDEGEN, *JZ* 2004, págs. 873 ss. (878).

114 Cfr. W. KAHL, *AöR* 131 (2006), págs. 579 ss. (585 ss.); exhaustivamente P. HÄBERLE, en Merten/Papier, *HdGRI*, § 7. En Europa la fuerza igualadora procede ante todo del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en la doctrina, de nuevos géneros como el «comentario concordado», cfr. R. GROTE/T. MARAUHN, *Konkordanzkommentar zum deutschen und europäischen Grundrechtsschutz*, 2006. Sobre las aproximaciones más allá de los derechos fundamentales H. BAUER, *JbI* 2000, págs. 750 ss.; T. GIEGERICH,

seguir viendo en los derechos fundamentales, como en los tiempos de Weimar, simplemente un sistema «nacional», un sistema «precisamente de los alemanes», a través del cual éstos «deben constituir materialmente, entre sí y frente a los demás, un pueblo»<sup>115</sup>. En su lugar, se convierten cada vez más en el fundamento de lo que une a diferentes sociedades también por encima de las fronteras nacionales.

La Constitución misma, como punto de partida de este proyecto, adopta con todo esto, en lugar de los rasgos de una garantía, cada vez más los de un retrato difuminado en el que hay que indagar. Es el reflejo de una sociedad que se empeña de este modo en buscar los perfiles de su unidad perdida, y que finalmente apenas los podrá encontrar si no es en la propia actividad, siempre fallida, de búsqueda.

\* \* \*

ABSTRACT. *As many other constitutions the German „Grundgesetz» is subject to an enormous increase of juridical and political significance. Originally conceived as a skeleton framework of powers and functions it now serves as the overall and most important foundation of the basic values and principles a political community feels committed to. Thereby it expresses the essence of the community's underlying consensus of what is just and right. On the other hand, the constitution thereby takes part in the many and permanent alterations of this consensus. As a consequence constitutional law has lost nearly all the formal qualities of ordinary law, judicial decisions on the field of constitutional law have lost much of their former rationality and predictability. The constitution on the whole thereby resembles more a puzzle picture than a fixed set of rules. The essay analyzes what has led to this effect and what it means for the concept of interpretation.*

*Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess*, 2003; B.-O. BRYDE, *Der Staat* 42 (2003), págs. 61 ss. Sobre la globalización de una concepción constitucional éticamente idealizada (referida a valores, etc.) en cuanto tal M. HERDEGEN, *JZ* 2004 págs. 873 ss. (877); por extenso RENSMAAN (cit. en n. 35), págs. 215 ss., 243 ss., 266 ss., en ambos casos con referencia a la señalada excepción de los Estados Unidos, aunque véanse también aquí los apuntes por ejemplo de DWORKIN (cit. en n. 61).

115 SMEND (cit. en n. 14), pág. 264.