

REFORMAS DE LA LEY FUNDAMENTAL. EXPERIENCIAS DE MEDIO SIGLO¹

HASSO HOFMANN²

*Catedrático Emérito de Derecho Público
Universidad Humboldt de Berlín*

I

En los casi 55 años de su vigencia, la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, de 23 de mayo de 1949, ha visto no menos de 51 leyes de reforma constitucional, es decir, alrededor de doscientas modificaciones, supresiones y añadidos³. La Ley fundamental contiene hoy —a pesar de algunas supresiones del texto original— 183 artículos con unos 720 apartados, en lugar de los originarios 480 apartados y 146 artículos. Esto supone un aumento cuantitativo de aproximadamente el 50%. En este tiempo las afectaciones sustantivas de la parte relativa a los derechos fundamentales fueron más bien infrecuentes: se produjeron en 1968 con la introducción de la «Constitución para estados de crisis» (véanse los arts. 9.3, 10, 11.2 y 19.4) como consecuencia de un acuerdo político sobre el derecho de asilo, tras años de disputa política (véase art. 16.a); y en 1998 para facilitar las llamadas «escuchas masivas» en la lucha contra el crimen organizado (véase art. 13.2 a 6). La cuantía de las modificaciones y nuevas regulaciones abarca, teniendo en cuenta el reducido período de tiempo en el que se produjeron, una proporción tan

1 Traducción realizada por BENITO ALÁEZ CORRAL, Catedrático acreditado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

2 Entre las gratas experiencias del autor a lo largo del trabajo conjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín se encuentra la organización de un seminario sobre el tema “Sociología de la Constitución” durante el Semestre de invierno de 1998/1999, el de mi jubilación. El siguiente texto —surgido de una conferencia para un Simposium alemán-japonés celebrado en Tokio en marzo de 2004— se conecta con aquellas reflexiones. Pretende concebir a la Constitución a partir de su desarrollo como “derecho vivo” (TH. RAISER, *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, 3. Auflage, 1999.) más allá de su percepción abstracta y normativa.

3 Sobre ello, H. HOFMANN, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, en: Handbuch des Staatsrechts, Hg. v. J. ISENSEE Y P. KIRCHHOF, 3. Aufl., Bd. 1, 2003, pág. 355-421; H. BAUER, Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinigten Deutschlands, ibidem, pág. 699-789; más en detalle, H. HOFMANN, Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, Staatswissenschaften und Staatspraxis 6 (1995), pág. 155 ss.; A. Bauer/M. Jestaedt, Das Grundgesetz im Wortlaut, 1997.

grande de ámbitos materiales que, desde un principio, se vieron afectadas la mayoría de las disposiciones de la Ley Fundamental: las cuestiones relativas a la delimitación y reparto de funciones, competencias y fuentes de financiación entre la Federación y los Estados federados. Aquí se encuentra aparentemente el punto crucial de esta Constitución. El alcance de cada una de las reformas del texto constitucional fue muy diverso. Unas veces se alteraban solo palabras o apartados sueltos, otras veces el poder de reforma constitucional introducía páginas enteras. Se recuerdan, de un lado, las extensas reformas de 1956, 1968 y 1994, resultado de grandes movimientos políticos (militarización, disolución del poder de ocupación, reforma tras la reunificación), pero también, de otro lado, por ejemplo la 50ª reforma de 2002 que, para dar cumplimiento a una exigencia ética generalizada, introdujo el fin estatal de la protección de los animales ampliando con tres palabras el art. 20.a que apenas contaba con 10 años de vida⁴.

Por tanto, como se ve, también fueron muy distintos el peso político y el alcance constitucional de las distintas reformas. Solo hay que tener en mente una vez más, de un lado, las mencionadas grandes reformas, como la constitución económica y las leyes de reforma financiera de 1955 y 1969, sin pasar por alto las reformas de 1990, condicionadas por la reunificación, y la creciente «Europeización» de la Ley Fundamental desde 1992, y en frente, de otro lado, por ejemplo, la 14ª reforma de 1965 o la 26ª reforma de 1969. En el primer caso se trató únicamente de una reforma competencial relativa a la financiación de las cargas derivadas de la guerra conforme al art. 120 LF. La segunda reforma constitucional se agotó en un párrafo de alta filosofía política federal: en concreto, desde 1969 entró en vigor el art. 96.5 LF que disponía: «Una Ley federal, codecidida por el Consejo federal, puede prever respecto de procedimientos penales en el ámbito del art. 26.1 (prohibición de guerras ofensivas) y relativos a la defensa nacional, que los Tribunales de los Estados federados ejerzan el poder judicial de la Federación». Este préstamo de órganos constitucionales contra-sistema debía, pues, exclusivamente: 1º garantizar la competencia del Fiscal General Federal ante la nueva competencia de primera instancia atribuida a los Tribunales Superiores de los Estados federados, y 2º preservar para estos casos el ya existente poder de indulto del Presidente federal; dado que dicho poder afecta, como regla general, a los órganos judiciales competentes en la primera instancia, habría estado, en cualquier otro caso, atribuido a los Presidentes de los Estados federados⁵. Entretanto, y como consecuencia de la evolución internacional, se ha ampliado el ámbito de aplicación del art. 96.5 LF en virtud de la 5ª Reforma constitucional de 2002 a un ámbito propio, concretamente el del derecho penal internacional.

Estas breves referencias sirven ya para describir la enorme amplitud de las 51 Leyes de reforma de la Ley Fundamental desde el punto de vista de su contenido, extensión, significado e importancia. Razones materiales y formales explican el elevado número de esas reformas. Los motivos materiales residen, por un lado, en la especial situación de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, mientras que los formales lo hacen en la pro-

4 Que la oposición diese, de repente en el año 2002, su consentimiento a una propuesta largamente bloqueada por ella fue la consecuencia de la Sentencia del sacrificio de animales del BVerfG de 15.1. 2002 (E 104,337), que permitía también a los musulmanes la posibilidad de sacrificio ritual sin anestesia de animales. Sobre ello, F. WITTECK, "Religionsfreiheit als Rationalisierungsverbot", *Der Staat* 42 (2003), 519 ss. (531-533).

5 Crítico con ello H. SCHULZE-FIELITZ en: H. DREIER (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 2000, Art. 96 Rn. 33 ss.

pia construcción constitucional. En efecto, la fundación de la República Federal de Alemania tuvo lugar en un país dividido por las potencias vencedoras, sometido a limitaciones impuestas por los poderes de ocupación, bajo premura temporal y sin la amplia base de una asamblea constituyente representativa. Todo esto impidió, en primer lugar, que hubiera un proceso constituyente completo en un Estado soberano. Tuvo que ser completado años más tarde, sobre todo con la introducción de la «constitución de la defensa y la emergencia», así como incluso fue modificado después con ocasión de la reunificación de los dos Estados alemanes. Además, toda la construcción de un orden federal centralizado era inicialmente una sutil construcción académica. Ni los Estados federados —con excepción de Baviera y de las ciudades hanseáticas— eran constructos estatales arraigados —que el primer presidente federal Heuss calificó de «más originales que originarios»—, ni el orden normativo de las relaciones entre la Federación y los estados federados se podía apoyar simplemente en la Constitución de Weimar o en la fundación del Reich de Bismarck. Sobre este campo era, pues, inevitable un proceso continuado de nuevas mejoras y reequilibrios. De ahí que el art. 79.1 LF cierre el paso a acuerdos sin una expresa modificación del texto constitucional, por miedo a las rupturas constitucionales, o quizás aún más a las «reformas constitucionales tácitas», que se había producido ampliamente durante la Constitución de Bismarck y la de Weimar⁶. Este entendimiento de la Ley Fundamental como el minucioso «registro político»⁷ que guía a la Nación se correspondió y se corresponde con un proceso de juridificación de la política, a consecuencia del cual no infrecuentemente se retransmiten los conflictos políticos como la pugna por la correcta interpretación de la Constitución. Y este proceso, a su vez, se fomenta a sí mismo por la histórica introducción de una jurisdicción constitucional dotada de amplias competencias y por su uso extensivo e intensivo por parte del Tribunal Constitucional Federal.

A continuación intentaré realizar una primera aproximación a la cuestión de si es posible extraer teorías generales del proceso evolutivo esquematizado, tan amplio cuantitativamente y tan plural cualitativamente. Este ensayo se subdivide en dos cuestiones. La primera se refiere a la relación existente entre reforma y mutación constitucional, mientras que la segunda se refiere a los efectos que ha tenido la prohibición de rupturas constitucionales del art. 79.1, frase 1ª LF, y el elevado consenso requerido en los cuerpos legiferantes para la reforma constitucional conforme al art. 79.2 LF.

II

Por reformas constitucionales se entienden aquí, conforme al art. 79.1 LF, únicamente las modificaciones del texto constitucional. Por el contrario, todo lo que amplía o transforma el significado del exteriormente inalterado enunciado literal del documento constitucional, bien contra las ideas del constituyente, bien más allá de lo que históri-

6 Véase C. ANCHÜTZ *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 14. Aufl. 1933, Art. 76 Anm. 2, y en la actualidad más ampliamente H. HUFELD, *Die Verfassungsdurchbrechung*, 1997, pág. 39 ss., 46 ss.

7 W. HENNIS, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, 1968, pág. 17 (aunque aquí sea con referencia a las constituciones alemanas del siglo XIX).

camente se habría imaginado —sea por la praxis de los órganos constitucionales, por actos formales de los tribunales (sobre todo, aunque no solo, de los tribunales constitucionales), por la actividad del legislador o por el desarrollo de una opinión mayoritaria en la doctrina constitucional—, todo ello, debe calificarse de «mutación constitucional» conforme a la caracterización conceptual de Georg Jellinek⁸. Hasta hoy se defiende la existencia de una relación jerarquizada entre el «cambio de sentido sin cambio del texto»⁹ y las modificaciones formales del texto constitucional¹⁰. Conforme a ello, solo comienza el problema de la reforma constitucional cuando ya no es suficiente la silenciosa mutación constitucional para producir la necesaria adaptación de la Constitución a las cambiantes relaciones políticas, sociales o económicas. Desde una perspectiva histórica y sistemática es muy difícil ver semejante relación jerarquizada. Es más, lo que en principio muestra el proceso de desarrollo constitucional formal o informal son grandes diferencias entre la parte de las garantías iusfundamentales y la parte orgánica de la Constitución.

Una breve retrospectiva permitiría aclararlo. A pesar de ello, no se debe minusvalorar en ningún caso, como a menudo sucede¹¹, la contribución de la doctrina y de la jurisprudencia al desarrollo de los derechos fundamentales durante la época de Weimar. Se puede recordar en este punto, por ejemplo, el significado aún presente de la teoría de las garantías institucionales. Pero la dinámica de la vida constitucional durante esos 14 años, más o menos llenos de crisis, tuvo su punto central claramente en el ámbito de la organización del Estado. Bajo la creciente presión de las desoladoras relaciones políticas, la praxis estatal y la doctrina del Estado, a través exclusivamente de una interpretación constitucional extensiva, empujaron más y más la balanza hacia la denominada dictadura del Presidente del Reich conforme al art. 48.2 de la Constitución de Weimar, en tanto aparentemente estable y «verdadero» núcleo de la Constitución¹². De este modo se impuso finalmente la idea de que incluso la Ley de Presupuestos se podía aprobar sin la participación del Parlamento (políticamente incapacitado), a través de la denominada potestad reglamentaria de excepción del Presidente del Reich¹³. Una modificación de la estructura del Estado a través de una reforma constitucional formal en aquella situación no era ciertamente una alternativa real. Frente a ello, gracias a las estables relaciones de gobierno de la República de Bonn —apoyadas en la necesidad general de reconstruir las bases verdaderas de la vida estatal tras 1945—, pudo emerger una «cultura de los derechos fundamentales», desconocida durante la República de Weimar y que incluso en 1949 era inimaginable¹⁴.

8 G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906. Véase sobre ello en la literatura reciente: P. BADURA, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, en: *Handbuch des Staatsrechts*, hrsg. v. J. ISENSEE y P. KIRCHHOF, Bd. VII, 1992, pág. 57-77; H. DREIER en: Idem. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 1998, Art. 79.1, Rn. 37 ss.

9 DREIER, *Ibidem*, Rn. 37.

10 Véase, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 39.

11 Sobre ello en la actualidad ampliamente H. DREIER, *Die Zwischenkriegszeit*, en: *Handbuch der Grundrechte*, hrsg. v. D. MERTEN y J.-J. PAPIER, Bd. I, 2003, Rn. 8ss, 38ss.

12 Ya era sintomático C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, pág. 71 ss.; sobre ello H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität*, 4. Aufl. 2002, pág. 63 ss.

13 Anschütz (nota al pie n° 5), Art. 148, Anm. 14.

14 Sobre ello, W. SCHMIDT, *Grundrechte-Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland*, en: D. SIMON (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, pág. 188 ss. (197ss.); P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz*, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 16/1999, pág. 20ss. (25, 27ss.).

Ciertamente la breve e indeterminada literalidad de las garantías iusfundamentales, en contraposición con el preciso lenguaje de la parte orgánica de la Constitución, abría entre la nueva institución del Tribunal Constitucional, muy activo y masivamente ocupado con problemas de derechos fundamentales, y una teoría constitucional orientada a valores, un campo de interacción tan grande que parecía sobrar cualquier reforma constitucional formal en este campo¹⁵. Solo hay que pensar en la discusión acerca de la iusfundamental «dignidad humana» de los óvulos humanos fecundados, que nadie puede reconocer a simple vista. Las comparativamente infrecuentes reformas formales en la parte iusfundamental —se pueden mencionar aquí la limitación del secreto de las comunicaciones (art. 10 LF), la autorización de las denominadas escuchas masivas (art. 13.3 LF) y las limitaciones del derecho de asilo (art. 16a LF)— tampoco sirvieron en nada a un mayor desarrollo a través de la doctrina y la praxis de aquella cultura iusfundamental, sino —en contra de esa tendencia evolutiva— para su limitación en nombre de la razón de estado como consecuencia del cambio en las relaciones sociales y las necesidades estatales.

Por lo que respecta a la parte orgánica de la Ley Fundamental, solo tiene un desarrollo sin reforma constitucional formal, extensiva e intensivamente comparable al de la parte iusfundamental, el principio de Estado de derecho, íntimamente vinculado a ella. De este modo, por ejemplo, se ha elevado el principio no escrito de proporcionalidad a máxima central de todo el ordenamiento jurídico¹⁶. Las pocas reformas constitucionales formales juegan un papel aún más pequeño en este ámbito. Se refirieron exclusivamente a dos detalles de la organización judicial: por un lado, a la instauración de un tribunal federal de patentes, y de otro lado, a la ya mencionada modificación del art. 96 LF¹⁷.

Otra cosa fue y es, como ya se dijo, lo relativo al orden federal. Cuanto más técnicas y detalladas son las reglas constitucionales —como por ejemplo en el reparto de los ingresos impositivos entre la Federación y los Estados federados o con relación a las competencias legislativas de la Federación— tanto más necesarias son las adaptaciones formales a los cambios de contexto. En esa medida, el art. 79.1 LF impide en principio una mutación constitucional silenciosa. Donde primero se observa esta relación antes postulada entre mutación constitucional y reforma constitucional formal de la que se parte, es en la cooperación administrativa entre la Federación y los Estados federados. Se han creado diversos procedimientos e instituciones de cooperación, aparentemente útiles o incluso necesarios, en nombre del «federalismo cooperativo» —baste mencionar las conferencias de Presidentes de los Estados federados—, que ni están prescritas ni permitidas, pero tampoco prohibidas, por el texto constitucional escrito¹⁸. Con todo, estas cooperaciones impregnan muy fuertemente la fun-

15 Sobre ello, M. HILF, Die sprachliche Struktur der Verfassung, en: *Handbuch des Staatsrechts*, hrsg. v. J. ISENSEE Y P. KIRCHHOF, Bd. VII, 1992, págs. 79 -102 (Rn. 58 ss.) con referencia a la eficacia integradora de las fórmulas vacías.

16 Sobre ello, H. HOFMANN, Entwicklung (nota al pie n° 2), Rn. 65. Un intento de una clasificación por categorías de la enorme variedad de delimitaciones judiciales del principio de Estado de derecho véase en H. A. WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, 2000.

17 Sobre ello, HOFMANN, Entwicklung (nota al pie n° 2), Rn. 36, 67 ss.

18 Sobre ello, P. FEUCHTE, Die bundesstaatliche Zusammenarbeit in der Bundesrepublik Deutschland, *AöR* 98 (1973), 473 ss; W. RUDOLF, Kooperation im Bundesstaat, en: *Handbuch des Staatsrechts*, hrsg. v. J. ISENSEE Y P. KIRCHHOF, Bd. IV, 1990, págs. 1091 - 1132.

cionalidad del orden constitucional. Y a la praxis estatal así mutada se adapta el entendimiento del principio federal en el sentido del art. 20.1 LF. De fondo ya no está ahora la atención a las particularidades regionales, sino la idea de reforzar el principio de división de poderes, la protección de las minorías y la competencia política, la diversificación de la participación política y el contrapeso de la decisión legislativa de la Federación por mayoría con el principio de consenso en el ámbito de la administración. Incluso esta tendencia, por la vía del aumento de competencias del Consejo Federal, ha alcanzado ya cuestionablemente el nivel legislativo y aporta el peligro de un bloqueo político.

Con todo, lo anterior obtuvo impulso constitucional ya en los años sesenta, debido a la difuminación de la frontera entre los ámbitos de responsabilidad de la Federación y de los Estados Federados, cuando la Federación, a través de diversas fórmulas de financiación mixta de las competencias de los Estados federados, se dotó de una creciente influencia sobre la actividad administrativa de éstos¹⁹. Los mismos pasaban a estar subordinados cuando recibían subvenciones federales, en concreto, las denominadas «aportaciones dotacionales». Éstas requerían la coparticipación del beneficiario y servían de vínculo efectivo en la orientación presupuestaria de los Estados federados, sin perjuicio de afectar también a la ejecución de las medidas financiadas. Las largas discusiones políticas finalmente condujeron a que la 21ª reforma de la Ley Fundamental de 1969, denominada «reforma de la financiación», constitucionalizase en cierta medida dichas formulas de financiación y de administración mixta en los nuevos arts. 91.a y 91.b LF bajo el título «Tareas comunes». Se podría decir que en ello se aprecia la construcción escalonada, propuesta por la doctrina, de una inicial práctica constitucional progresiva, que esquiva el texto constitucional, y la posterior adaptación formal de éste.

No obstante, también existe el ejemplo contrario, aunque no precisamente en el caso de normas constitutivas del sistema de gobierno de la Ley Fundamental. Y este contraejemplo es el siguiente: se atribuye a una disposición de la Ley Fundamental un nuevo significado con el fin de solucionar a corto plazo un problema político actual, y este nuevo significado hace superfluo políticamente hablando el procedimiento de una reforma constitucional formal. Este procedimiento sería materialmente apropiado y posible en atención a las mayorías requeridas, pero efectivo solo a largo plazo, en un futuro, e inadecuado para la solución del problema actual. Se trata del abuso de la cuestión de confianza del art. 68 LF por parte del canciller Kohl en 1983 —ciertamente santificada por el Tribunal Constitucional Federal a la luz de la posición unitaria de Gobierno federal, Parlamento federal, Consejo federal, Presidente Federal, partidos en el gobierno y oposición—²⁰. Como se recordará, Kohl había llegado a la cancillería federal el año anterior a través de la denominada moción de censura constructiva del art. 67 LF. Sin embargo, pretendía una legitimación más fuerte sobre la base de unas elecciones al Parlamento federal, en lugar de la exitosa caída del anterior gobierno a través de la moción de censura

19 Sobre ello y lo que sigue, HOFMANN, *Entwicklung* (nota al pie n° 2), Rn. 76ss.

20 Véase la BVerfGE 62,1 y respecto de ella, HOFMANN *Entwicklung* (nota al pie n° 2), Rn. 94. Sobre la debilitación de la posición constitucional del Presidente federal como resultado de estos hechos, W. HEUN, *Die Stellung des Bundespräsidenten im Licht der Vorgänge um die Auflösung des Bundestages*, AöR 109 (1984), pág. 13 ss.

constructiva. En consecuencia, los partidos del gobierno en coalición acordaron con meses de antelación la presentación de una cuestión de confianza conforme al art. 68 LF, que había sido pensada por el constituyente para el caso de que no hubiera en el Parlamento federal una mayoría de gobierno capaz de sostener al canciller, es decir, para el caso de que la solución a una crisis no pudiera venir de la mano del art. 67 LF, no para el caso —como aquí sucedía— de que la solución prevista por dicho artículo hubiera triunfado. Dado que, sin embargo, todos (aunque por diversos motivos), incluida la oposición, querían nuevas elecciones, existía en sí misma una mayoría para la reforma constitucional que podía haber introducido en la Ley Fundamental a través de una ley de reforma constitucional un poder de autodisolución del Parlamento federal, que se echaba de menos con mucho dolor, —aunque fuera solo con efectos pro futuro, es decir, para las subsiguientes legislaturas—. Pero los actuales intereses de poder de los partidos no abarcaban semejantes preocupaciones proyectadas hacia el futuro. Mucho más importante, por su carácter fundamental, fue la mutación del significado del mandato parlamentario sin alterar el tenor literal del art. 38.1 frase 2ª LF. La evolución de los políticos profesionales de «cargos sociales honoríficos» a cargos plenamente alimenticios se expresó inicialmente en la legislación sobre dietas parlamentarias del Parlamento federal con base en el art. 48.3 LF, que fue validada por el Tribunal Constitucional federal —dejando atrás su primera jurisprudencia— en su famosa sentencia sobre las dietas parlamentarias de 1975 (E40, 296/314)²¹.

Finalmente, la historia del art. 29 LF muestra un caso especial de un tipo de mutación constitucional por la vía de un proceso social y político de años de duración, combinado con reformas formales de la Constitución²². Este artículo se refirió en 1949 a la reorganización del territorio federal, que estaba constituido por partes definidas de forma un tanto arbitraria a causa del derecho de ocupación. Y hoy en día permanece en la Ley Fundamental bajo el mismo título de la reorganización. Pero ha cambiado su carácter como consecuencia de sus modificaciones formales, concretamente de la de 1976, sin que esto haya tenido reflejo con tanta claridad en su tenor literal. La disposición contenía originalmente el mandato constitucional de corregir tan pronto como fuera posible esta decisión parcialmente contraria a la historia y poco racional de las potencias de ocupación. En su configuración actual se aproxima mucho más a ser una garantía de la existencia de los existentes Estados federados, con una reserva para las excepciones. La 42ª reforma de la Ley Fundamental de 1994, consecuencia de la reunificación, no ha cambiado tampoco nada sustancial en ello.

III. VEAMOS AHORA EL SEGUNDO PAQUETE DE CUESTIONES

La necesidad de apartarse de las normas constitucionales se da —como ya se apuntó— de forma especialmente frecuente en el reparto competencial entre la Fede-

21 Muy instructivamente sobre ello, HESSE (nota al pie nº 9), Rn. 598 ss.; véase también H.H. KLEIN, *Status des Abgeordneten*, en: *Handbuch des Staatsrechts*, hrsg. v. J. ISENSEE y P. KIRCHHOF, Bd. II, 1987, pág. 367-390 (Rn. 6 ss., 36), y en la actualidad H. SCHULZE-FIELITZ, en: DREIER (nota al pie nº 7), Art. 48 Rn. 201.

22 Sobre ello, HOFMANN, *Entwicklung* (nota al pie nº 2), Rn. 87 ss.

ración y los Estados federados, concretamente en el ámbito del legislativo, cuando aparece una necesidad actual de regulación federal. Dado que el art. 79.1 LF ha cerrado el camino fácil de aprobar, en su caso, una ley federal con la mayoría necesaria para la reforma constitucional, pero la necesidad de modificar el texto constitucional no nace de una preocupación por un problema futuro, sino totalmente referida a un proyecto actual, aparece, pues, la reforma constitucional como la puerta salida de la atrofia de la actuación legislativa del parlamento. Es esta actuación legislativa la que está en el centro, no la reforma constitucional. En contra de la crítica científica, apareció el remarcable aval de la práctica, que aprobó simultáneamente la Ley federal y la nueva norma constitucional atributiva de la competencia (ley de la energía nuclear, ley de la tropa, primera ley de unificación de retribuciones). La Ley federal dejaba claro, en consonancia con el nuevo art. 74a LF, que la Ley de reforma constitucional por lo menos debía estar vigente antes de que conforme al art. 82.1 LF se hubiese podido promulgar la Ley Federal que se fundamentaba en este último artículo, ordenando ciertamente solo con efectos hacia el futuro la nulidad de las disposiciones que se opusieran a ella²³.

Con todo, las modificaciones textuales de la Constitución también pasaron a formar parte del poder legislativo ordinario en otro sentido. Dicho de otro modo, el poder legislativo ordinario se inmiscuyó por sí mismo alguna que otra vez de forma significativa en el texto de la Constitución. Se trata de una consecuencia de la necesaria formalización de las reformas constitucionales, unida a la elevada exigencia de consenso parlamentario que éstas requieren conforme al art. 79.2 LF. Conforme al mismo, la regla es la necesidad de cooperación entre el gobierno y la oposición y esto significa que hay que buscar un compromiso. En consecuencia, muchas veces comienza una laboriosa, robusta y larga pugna política en torno a lo lejos que pueden llegar o no las modificaciones, qué posiciones deben preservarse y qué intereses y en qué medida deben ser tenidos en cuenta. Este resultado, en todo caso más diplomático que programático, perfila, pues, la extensión de la reforma constitucional al fijar las bases de la labor legislativa planteada. Como consecuencia de ello, su aprobación depende para todos los participantes de que se recojan en la Constitución de forma técnico-jurídicamente exacta cada uno de los puntos críticos y con ello se excluyan del alcance de la mayoría parlamentaria simple del partido contrario. El resultado de estos procesos negociadores y acuerdos de pacificación política se puede ver en las detalladas reglas establecidas en los arts. 12a, 13, 16a, 23 (nueva redacción), 29 y 104ª y ss. LF. Los mismos documentan la desaparición del estilo constitucional propio de la Ley Fundamental, lo que es importante para la consciencia constitucional²⁴.

Al mismo tiempo, los arts. 23 (nueva redacción), 29 y 104 ss LF muestran con ello en qué medida participan en este desarrollo, más allá de las fuerzas políticas representadas en el Parlamento federal, los Estados federados como instituciones dotadas de un peso político propio. Los Estados federados también pueden establecer condiciones, dado que el art. 79.2 LF requiere una mayoría de 2/3 no solo en el Parlamento federal sino también en el Consejo federal. Y lo han hecho de forma totalmente egoísta cuando la Federación necesitó

23 Cfr. BVerfGE 34, 9 (21 ss.).

24 Sobre ello, H. MEYER, *Das ramponierte Grundgesetz*, KritV 76 (1993), 399ss. (399); D. GRIMM, *Wie man eine Verfassung verderben kann*, en: Idem, *Die Verfassung und die Politik*, 2001, pág. 126ss.

del consentimiento de los Estados federados en el Consejo federal, primero en 1990, respecto del tratado de unificación entre la República Federal y la DDR —por cierto un ejemplo excepcional de una reforma constitucional formal a través de un tratado internacional²⁵— y después en 1992, respecto del tratado de Maastricht sobre la Unión Europea. En el primer caso, los cuatro Estados federados poblacionalmente más poderosos de la antigua República Federal se aseguraron su minoría llave frente a futuras reformas constitucionales a través de la modificación de la correlación de votos en el Consejo federal conforme al art. 51.2 LF. Esto se correspondía con la situación jurídica preexistente y podría parecer como políticamente deseable; aunque por supuesto no era necesario para facilitar la «incorporación» de la DDR, es decir, no era una parte constitucionalmente ineludible de la Ley de autorización del tratado de unificación que modificaba la Constitución²⁶. En el segundo caso, la Federación tuvo que conceder a los Estados federados voz respecto del subsiguiente desarrollo del proceso de integración europea, a pesar de que no hubiera justificación constitucional para ello²⁷.

La nueva redacción del art. 23, dejando a un lado el apartado 1º con su remisión al art. 79.2 y 3 LF, tuvo sin embargo, otra función²⁸. Dicha función se puede ver si se piensa lo siguiente: durante decenios el art. 24.1 LF permitió la transferencia de «poder soberano» estatal a organizaciones interestatales —mediante una simple Ley federal que no requería la autorización del Consejo federal—. Dado que semejante transferencia de poder soberano modificaba el orden competencial estatal y con ello la Constitución, existía en este punto una vía permanente abierta para la modificación constitucional sin las limitaciones del art. 79 LF. La participación alemana en el proceso de unificación europea había avanzado fácilmente por ella. Con el nuevo art. 23 LF se introdujo una norma especial que desplazaba el art. 24.1 LF respecto de la integración europea y respecto de la cual ahora, a través de una cláusula de seguridad, se establecían los límites de tener que contar con la autorización del Consejo federal y la remisión a las condiciones de la reforma constitucional que establecen los art. 79.2 y 3 LF.

Para finalizar estas reflexiones volvamos una vez más a observar los ámbitos en los que crecientemente las Leyes de reforma constitucional asumen el contenido esencial de planeadas «simples» leyes parlamentarias y las elevan a rango constitucional. Este mismo mecanismo político, que subrayaban los anteriores hallazgos, podría no obstante tener precisamente el efecto contrario y originar una reforma constitucional meramente simbólica sin contenido regulatorio. Ejemplo paradigmático es el art. 20a LF introducido por la 42ª Ley de reforma de 1994²⁹. Esta constitucionalización del principio rector de la protección del medio ambiente, subsiguiente al previo desarrollo del ordenamiento jurídico, en ningún caso abre una nueva perspectiva de futuro como cabría esperar de un

25 Sobre la crítica a la a ello vinculada desapoderación del Parlamento, DREIER (nota al pie n° 7), Rn. 14. Sobre la interrelación entre derecho constitucional y derecho internacional en la historia alemana, R. WAHL, *Deutsche Einigung im Spiegel historischer Parallelen*, *Der Staat* 30 (1991), pág. 181 ss.

26 Sobre ello HOFMANN, *Zur Verfassungsentwicklung* (nota al pie n° 2), pág. 169, 175 ss.

27 Véase la acertada crítica de T. STEIN, *Europäische Union: Gefahr oder Chance usw.*, *VVDStRL* 53 (1994), pág. 26ss.(30ss.).

28 Respecto de lo que sigue, DREIER, (nota al pie n° 7), Rn. 15,25; BAUER, (nota al pie n° 2), Rn. 128 ss.

29 Sobre ello, H. HOFMANN *Technik und Umwelt*, en: *Handbuch des Verfassungsrechts*, hrsg. v. E. BEN-DA u. a., 2. Aufl. 1994, pág. 1005 ss.; Idem, en: *Zur Verfassungsentwicklung* (nota al pie n° 2), pág. 163.

principio rector. Ello lo prueban las «cláusulas precautorias» en él contenidas: el legislador debe proteger los fundamentos naturales de la vida solo «en el marco del orden constitucional» y el poder ejecutivo y el judicial solo deben hacerlo «conforme a lo establecido en la ley y el derecho». El cumplimiento del mandato de protección del medio ambiente solo debe cumplirse, pues —esa es la enseñanza—, dentro del estricto marco de lo preexistente. La sociedad de consumo técnico-industrial teme decisiones judiciales medioambientales directamente derivadas de la Constitución, que sean impredecibles e incontrolables debido a la particular evaluación ecológica del caso concreto y que vayan a cargo de la propiedad productiva y el progreso tecnológico. En consecuencia, desde esta perspectiva, el consentimiento a esta adición constitucional ampliamente demandada por la opinión pública desde hacía tiempo solo era imaginable a costa de una mayor neutralidad normativa de aquélla.

IV. LA EXPERIENCIA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DURANTE 50 AÑOS PERMITE CONSTATAR RETROSPECTIVAMENTE CUATRO COSAS

No es posible establecer límites claros a la mutación constitucional y ni definirla a través de una correlación determinada con respecto a la reforma constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal fija en cada caso los límites de la mutación constitucional. Como consecuencia de este poder interpretativo judicial, que puede transformar el sentido de una disposición de la Ley Fundamental sin modificar su tenor literal, a menudo resultan superfluas las modificaciones formales de la Constitución. De ahí que de facto ya no se pueda distinguir entre interpretación y mutación constitucional³⁰.

Frente a lo que pudiera parecer a primera vista, la mayoría de 2/3 en el Parlamento federal y en el Consejo federal no constituye un gran obstáculo para las reformas constitucionales. Dado que faltan agravaciones procedimentales adicionales, como las que son conocidas en otras Constituciones —se pueden citar, por ejemplo, una regulación específica de la iniciativa de reforma, un previo acuerdo sobre la necesidad de la reforma constitucional, previa reelección del parlamento, límites temporales, referéndum popular—³¹, dado que, en otras palabras, conforme a la Ley Fundamental la reforma constitucional queda exclusivamente en manos de las corporaciones legiferantes del Parlamento federal y del Consejo federal, la reforma no es tan fácil de llevar a cabo en casi ningún Estado como

30 Sobre ello, P. HÄBERLE, *Zeit und Verfassung* (1974), en: Idem, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 2. Aufl. 1996, pág. 59 y ss. (82 y ss.) Tampoco el tenor literal de una disposición constitucional representa un límite infranqueable para la mutación constitucional (correctamente BVerfGE 28, 66 [76ss.]: el Art. 142 LF habla solo de los „artículos 1 a 18” de esta Ley Fundamental, pero nadie duda de que incluye los derechos fundamentales equivalentes (véase el Art. 93. 1.º 4b LF). Algunos no ven dificultades en concebir al óvulo fecundado como “ser humano” en el sentido del art. 1 LF. ¿Cómo va a poder el tenor literal de una disposición, cuyo sentido está en cuestión dentro de un contexto normativo, imponer límites a este mismo cuestionamiento? Para ello tendría que imponerse de forma previa y absoluta la denominada interpretación gramatical.

31 Sobre estas posibles agravaciones de la reforma constitucional, E. MENZEL, *Rechtsformen der formalen Verfassungsänderung*, en: FS GIESE, 1953, pág. 153 y ss. (164 ss.); K. LOEWENSTEIN, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, 1961, pág. 27 y ss.; T. SCHILLING, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, 1994, pág. 194 y ss.

en la República Federal. De ahí que sean aquí muy frecuentes las reformas y que hagan aparecer a la Ley fundamental como una Constitución «flexible» o «dinámica»³².

Las reformas constitucionales frecuentes se convierten más o menos en algo políticamente natural como mera «manifestación más del poder legislativo»³³ y se subordinan a las habituales prácticas de búsqueda de compromiso parlamentario.

El predominio del procedimiento legislativo parlamentario en la reforma constitucional profundiza en la distinción entre reforma constitucional y proceso constituyente en atención a sus presupuestos, fines, condicionamientos históricos, circunstancias y conciencia política existente. Al mismo tiempo, se reduce más y más la distancia existente entre la estructura textual de las leyes constitucionales y la de las leyes ordinarias.

TITLE: *On the Reforms of the German Constitution. Half a Century of History*

RESUMEN: *En este trabajo Hasso Hofmann, desde un análisis jurídico constitucional, pero también politológico analiza las reformas que ha experimentado la constitución alemana de 1949 en sus 50 primeros años de existencia. Llega, entre otras, a la conclusión de que en muchos ámbitos ha habido más mutación que reforma constitucional en sentido estricto y que termina siendo difícil distinguirlas a partir de la correlación existente entre ellas. También concluye que, a la luz del número de reformas realizadas y su funcionalidad política, se podría considerar a la Ley Fundamental de Bonn más una constitución flexible que rígida, por lo que las mayorías cualificadas para la reforma constitucional no constituyen un obstáculo importante a la decisión del Parlamento, y la semejanza de la reforma constitucional con las decisiones políticas ordinarias abren aún más la brecha existente entre proceso constituyente y proceso de reforma constitucional*

ABSTRACT: *This paper is a constitutional analysis, but also a political science analysis, of reforms on the German Constitution since 1949. This analysis concluded that in many cases it has been more constitutional «mutations» than formal reforms, and that it is difficult to distinguish both kind of changes. Due to the number of reforms and its effects, it is possible to consider that the German Constitution is a flexible constitution: the special majority required is not a real obstacle to the parliament decision; and the decision to reform the constitution and an ordinary decision are very similar, therefore there is a serious rift between constituent process and reform process.*

KEY WORDS: *Constitutional theory, constitutional amendment, constitutional mutation, comparative law, Germany, German constitutional history,*

PALABRAS CLAVE: *teoría de la constitución, reforma constitucional, mutación constitucional, derecho comparado, Alemania, historia constitucional*

FECHA RECEPCIÓN: 10.01.2012 FECHA ACEPTACIÓN: 15.02.2012

32 Sobre esta distinción entre Constituciones “rígidas” (difícilmente modificables) y “dinámicas” o “flexibles” HESSE, (nota al pie n° 9), Rn. 36 ss.; también G.F. SCHUPPERT, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), 32ss.

33 BADURA, (nota al pie n° 7), Rn. 3, 20.