

KONRAD HESSE

**ESCRITOS DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Selección, traducción e introducción
PEDRO CRUZ VILLALON

2.^a edición

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1992

I. Planteamiento de la cuestión.

1. Entender el Derecho Constitucional vigente implica la comprensión previa de su objeto: la Constitución. Sólo a partir de dicha comprensión permite el Derecho Constitucional identificar los problemas constitucionales así como dar respuesta adecuada a los mismos. De ahí que no sea solamente la teoría de la Constitución quien deba inexcusablemente preguntarse por la Constitución.

¿Qué es la Constitución? La dirección hacia la que debe apuntar este interrogante se halla subordinada al objetivo a alcanzar por medio de concepto de cuya obtención se trata; puede, por ello, ser distinta para la teoría de la Constitución¹ y para la teoría del Derecho Constitucional. Preguntarse por un concepto abstracto de Constitución que dé cabida a lo que es común a todas o, al menos, a un buen número de Constituciones históricas dejando de lado las peculiaridades de tiempo y lugar puede tener sentido para la teoría de la Constitución. Para la teoría del Derecho Constitucional un concepto así resultaría vacío de contenido y, por lo mismo, incapaz de fundamentar una comprensión susceptible de encauzar la resolución de los problemas constitucionales prácticos planteados aquí y ahora. Desde el momento en que la normatividad de la Constitución vigente no es sino la de un orden histórico concreto, no siendo la vida que

¹ Así por ejemplo, en K. LOEWENSTEIN, "Verfassungslehre" (1959), págs. III y ss., 127 y ss. (traducción al castellano de A. Gallego Anabitarte, "Teoría de la Constitución", Barcelona, 1965, 2.^a ed., 1976).

está llamada a regular sino vida histórico-concreta, la única cuestión que cabe plantearse en el contexto de la tarea de exponer los rasgos básicos del Derecho Constitucional vigente es la relativa a la *Constitución actual, individual y concreta*.

2. Esta cuestión no puede resolverse recurriendo a un concepto de Constitución consolidado o, cuando menos, mayoritariamente admitido. Pues la teoría actual del Derecho Constitucional, por más que se encuentren amplias coincidencias, no ha llegado a aclarar el concepto y la cualidad de la Constitución hasta alcanzar el consenso de una "opinión dominante". La comprensión en cada caso subyacente del Estado y de la constitución actuales es con frecuencia algo más bien presupuesto que no algo explícitamente fundamentado². Por otra parte, algunos presupuestos históricos de la antigua teoría del Derecho político han desaparecido hoy; nuevas problemáticas, como la que resulta de la creciente integración europea, apenas han sido hasta ahora comprendidas ni aclaradas.

3. Tampoco la *jurisprudencia constitucional*, en particular la del Tribunal Constitucional Federal, ofrece una respuesta concluyente a la cuestión planteada por la Constitución. Por lo demás, tampoco puede ser tarea de jurisprudencia darle respuesta directa.

Para la jurisprudencia la comprensión de la Constitución no es más que el fondo —si bien, con frecuencia, enormemente eficaz— sobre el cuál las distintas cuestiones deben ser resueltas. Las consideraciones que determinan ese fondo puede que no aparezcan desarrolladas expresamente y en toda su extensión en los fundamentos jurídicos de la sentencia; se reducen a algunos rasgos sueltos, fundamentales en cada contexto, pudiendo diferir entre las dos Salas, o resultar modificados junto con la composición del Tribunal.

Dadas esas limitaciones la comprensión de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional Federal aparece, ante to-

² Cuando en los últimos tiempos destaca como punto de partida el concepto básicamente descriptivo "Estado constitucional", ciertamente resulta más clara la estrecha relación entre Estado y Constitución (p. e. J. Isensee, *Etat und Verfassung*, HdBStR I, 13 n.º marg. 125 y ss.). Ahora bien, el concepto sólo llega a designar un **tipo de Estado**, cuya Constitución muestra determinados rasgos generales como derechos fundamentales y separación de poderes.

do, caracterizada por ser una comprensión no formal sino de contenido; la Constitución es concebida como una unidad material³. Estos contenidos suyos son calificados frecuentemente, sobre todo en la jurisprudencia más antigua, como valores fundamentales, previos al ordenamiento jurídico positivo⁴, los cuales, mediante la recepción de las tradiciones de la democracia parlamentaria liberal representativa⁵, del Estado de Derecho liberal⁶, del Estado Federal⁷ y la incorporación de nuevos principios como en especial el de Estado social⁸, han quedado unidos por obra de las decisiones del constituyente en un "orden de valores"⁹ constituyendo un ente estatal que, si bien es ideológicamente neutral¹⁰, no es neutral ante dichos valores¹¹.

Esta comprensión general —más presupuesta que demostrada— de la Constitución pone de relieve datos esenciales. Pero afecta sólo a aspectos determinados y, con la idea del "orden de valores" suscita más interrogantes que aquellos a los que responde. Si lo esencial de la Constitución se agota en la determinación de "valores", cuáles sean estos valores constitucionalmente pres-

³ BVerfGE 1, 14 (32), jurisprudencia constante, *cfr.*, por ejemplo, también BVerfGE 49, 24 (56) con más referencias (se mantiene la forma usual de citar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, según la colección oficial editada por el mismo Tribunal, "Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", abreviadamente "BVerfGE": el primero de los números hace referencia al volumen de la colección, el segundo a la página del volumen en el que se inicia la sentencia y el siguiente o siguientes, las páginas donde se contienen los pasajes sobre los que se pretende llamar la atención. *N. del T.*).

⁴ P. e. BVerfGE 3, 225 (233); pero ver, p. e. BVerfGE 10, 59 (81).

⁵ P. e. BVerfGE 4, 144 (148).

⁶ P. e. BVerfGE 5, 85 (197, 379).

⁷ P. e. BVerfGE 1, 299 (314 y ss.).

⁸ P. e. BVerfGE 5, 85 (379); 14, 288 (296).

⁹ P. e. BVerfGE 6, 32 (41) 10, 59 (81); 12, 45 (51); 13, 46 (51); 13, 97 (107); 14, 288 (309); 21, 362 (371 y ss.); 27, 253 (283); 30, 1 (19). En la jurisprudencia reciente la noción aparece de manera más rara, en conexión, especialmente con razonamientos anteriores (así para el art. 6 GG, por ejemplo BVerfGE 76, 1 (49), en especial "norma fundamental de orientación axiológica" (*Wertentscheidung*)).

¹⁰ BVerfGE 12, 1 (4); 19, 206 (216); 27, 195 (201).

¹¹ P. e. BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (134 y ss.); 6, 32 (40 y ss.); 7, 198 (205).

critos, por qué y en qué medida constituyen un “orden” o siquiera un “sistema”¹², cómo explicar que la Constitución puede cambiar¹³ y qué límites encuentra ese cambio: nada de ello puede quedar indeterminado en el marco de una fundamentación suficiente.

4. Ahora bien, si se echa en falta un concepto de Constitución consolidado o mayoritariamente admitido, no faltan aportaciones por parte tanto de la antigua como de la nueva teoría del Derecho Constitucional con las que pueda conectar el concepto de Constitución a desarrollo a continuación, si bien con un punto de arranque divergente y una acentuación distinta. En particular este concepto se halla próximo al desarrollo por R. SMEND de la Constitución como orden jurídico del proceso de integración estatal¹⁴; sin embargo, lo concibe junto con H. HELLER ante todo como un proceso de elaboración consciente, organizada y planificada¹⁵. Se encuentra próximo a la concepción de la Constitución por parte de R. BÄUMLIN como un proyecto de comportamiento estabilizador, necesitado de una constante actualización bajo la idea de lo “recto”¹⁶, pero procurando subrayar la concreción individual de los principios sustanciales de orden constitucional así como el elemento normativo, la fuerza vinculante de la Constitución y, con ello, el carácter relativamente estable y constante de la Constitución. En este sentido se aproxima a la concepción defendida por W. KÄGI de la Constitución como orden jurídico fundamental del Estado¹⁷; sin embargo, procura abarcar con mayor intensidad los elementos de historicidad, de apertura estructural, de “dinamicidad”. Finalmente, existe una coincidencia sustancial con la concepción de la Constitu-

ción por parte de H. EHMKE como limitación y racionalización del poder y como garantía de un libre proceso de la vida política¹⁸; pero se intenta hacer más visibles las singularidades de la Constitución escrita y su respectiva trascendencia. Por lo demás, cabe también acudir en muchos aspectos a las aportaciones de la moderna Teoría del Estado y de la Constitución¹⁹.

II. El cometido de la unidad política y del orden jurídico.

5. Lo que sea “Constitución” en el sentido del interrogante aquí suscitado y delimitado es algo que sólo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de la Constitución en la

¹² H. EHMKE, “Grenzen der Verfassungsänderung” (1953) en especial págs. 88 y ss.; *idem*, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, en “Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer”, 20 (1963), págs. 61 y ss.

¹³ Deben mencionarse en particular: U. SCHENUNER, “Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre”, en “Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag” (1962), págs. 225 y ss.; *idem*, voz “Verfassung” en “Staatslexikon” (6.ª ed. 1963), col. 117 y ss.; *idem*, voz “Staat” en “Handwörterbuch der Sozialwissenschaften” 12 (1965), págs. 653 y ss.; H. KRÜGER, voz “Verfassung” en “Handwörterbuch der Sozialwissenschaften” 11 (1961), págs. 72 y ss.; *idem*, “Allgemeine Staatslehre” (2.ª ed. 1966); P. BADURA, voz “Verfassung” en “Evangelisches Staatslexikon” (2.ª ed., 1975), col. 3737 y ss.; *idem*, “Verfassung und Verfassungsgesetz”, en: “Festschrift für Ulrich Scheuner” (1973), págs. 19 y ss.; *idem*, voz “Verfassung” en “Lexikon des Rechts” (1984) 5/760; *idem* “Staatsrecht” (1986) col. 7 y ss.; A. HOLLERBACH, “Ideologie und Verfassung”, en “Ideologie und Recht”, ed. de W. Maihofer (1968), págs. 37 y ss.; R. HERZOG, “Allgemeine Staatslehre” (1971), en especial págs. 308 y ss.; D. GRIMM, “Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 97 (1972), págs. 489 y ss.; *idem*, voz “Verfassung” en “Staatslexikon 5” (7.ª ed. 1989) col. 633 y ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, “Die verfassungstheoretisch Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit” (1973); J. P. MÜLLER, “Soziale Grundrechte in der Verfassung?”, en “Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins”, 107 (1973), págs. 715 y ss. (2.ª ed. 1981); B-O BRYDE “Verfassungsentwicklung” (1982); K. STERN “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I” (2.ª ed. 1984) pág. 69 y ss. (Hay una traducción al castellano de J. Pérez Royo, “Derecho del Estado”, Madrid, 1987); ISENSEE (cit. n. 2) en especial marg. 121 y ss.; H. HOFMANN “Zur Idee des Staatsgrudgesetzes” en “Recht-Politik-Verfassung” (1986) pág. 261 y ss. (sobretudo para los orígenes históricos y doctrinales).

¹² P. e. BVerfGE 5, 85 (139); 28, 243 (259).

¹³ BVerfGE 2, 380 (401); 3, 407 (422); *cfr.* igualmente, 7, 342 (351).

¹⁴ R. SMEND, “Verfassung und Verfassungsrecht”, en: “Staatsrechtliche Abhandlungen” (2.ª ed., 1968), pág. 189.

¹⁵ H. HELLER, “Staatslehre” (1934), en especial págs. 228 y ss. (traducción al castellano de L. Tobío, “Teoría del Estado”, México, 1942).

¹⁶ R. BÄUMLIN, “Staat, Recht und Geschichte” (1961), pág. 17, 24 y *passim*; *cfr.* al respecto K. HESSE, *Juristenzeitung* 1963, pág. 485.

¹⁷ W. KÄGI, “Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates” (1945), págs. 40 y ss.

realidad de la vida histórico-concreta. En la misma aparecen como objetivos inexcusables la unidad política y el orden jurídico.

6. Objetivo a perseguir es la *unidad política* del Estado²⁰. Porque Estado y poder estatal no pueden ser dados por supuesto, como algo preexistente. Ellos sólo adquieren realidad en la medida en que se consigue reducir a una unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana, en la medida en que se consigue producir unidad política. Esta reducción a la unidad de la multiplicidad nunca queda definitivamente concluida, de tal modo que pueda, sin más, presuponerse existente, sino que se trata de un proceso continuo y por lo mismo planteado siempre como objetivo. Es un objetivo que viene ya impuesto en el sentido de que la convivencia humana sólo es posible en el Estado y a través del Estado.

Del sólo hecho de que el concepto central de "producción de la unidad política" apunte a un proceso histórico concreto resulta ya que no se trata de la unidad estática y abstracta de una imaginada persona jurídica "Estado". Como tampoco se refiere a una —presupuesta o pretendida— unidad sustancial nacional, religiosa, ideológica o del tipo que sea, ni tampoco una unidad basada en la común experiencia existencial (*Erlebniseinheit*), por más que elementos de ese género puedan operar con virtualidad unificadora. Por el contrario, la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida en el sentido aquí adoptado es una *unidad de actuación* posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo *funcional*. La cual es condición para el que dentro de un determinado territorio se puedan adoptar y se cumplan decisiones vinculantes, para que, en definitiva, exista "Estado" y no anarquía o guerra civil.

²⁰ Cfr. al respecto también BÄUMLIM (*cit.* n. 16), en especial págs. 18 y ss.; SCHEUNER (*cit.* n. 19) "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften", 12, pág. 656; *idem*, "Festgabe für R. Smend", pág. 255; *idem*, "Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem", en "Rechtsgeltung und Konsens" (1976), págs. 33 y ss.

7. "Formación de unidad política" no significa la producción de un armónico estado de coincidencia general y en cualquier caso no la eliminación de las diferencias sociales, políticas o de tipo institucional y organizativo a través de la nivelación total. Dicha unidad no resulta imaginable sin la presencia y relevancia de conflictos en la humana convivencia. Los conflictos preservan de la rigidez, del estancamiento en formas superadas; son —si bien no únicamente— la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría²¹. La ausencia o la represión de los mismos puede conducir al inmovilismo que supone la estabilización de lo existente, así como la incapacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes y a producir nuevas formas: llega entonces un día en que la ruptura con lo existente se hace entonces inevitable, y la conmoción tanto más profunda. Ahora bien, no sólo importa que haya conflictos sino también que éstos vengan regulados y resueltos. No es el conflicto como tal el que contiene la nueva forma, sino el resultado al que aquél conduce. Y, por sí solo, el conflicto no posibilita el vivir y convivir humanos. Por ello la cuestión no es tanto la de dar cabida al conflicto y a sus efectos como la de garantizar —no en último término por medio del tipo de regulación de los conflictos— la formación y mantenimiento de la unidad política, sin ignorar o reprimir el conflicto en nombre de la unidad política y sin sacrificar la unidad política en nombre del conflicto.

8. En el pasado esta unidad podía parecer algo evidente (aunque también entonces era una unidad histórica, conseguida, defendida, mantenida y consolidada tanto frente al interior como frente al exterior), dada su corporeización en la persona del señor en un contexto de relaciones vitales relativamente constantes y de creencia en órdenes de validez general, racionales, situadas por encima de la Historia; por eso podía servirle a la teoría del Derecho político como punto de partida de una comprensión estática que entedía al Estado como un ente sustantivo existente en sí y para sí, preguntándose sólo cómo debía ser

²¹ R. DAHRENDORF, "Die Funktionen sozialer Konflikte", en "Gesellschaft und Freiheit" (1961), págs. 112 y ss.; *idem*, "Elemente einer Theorie des sozialen Konflikts", *ibid.*, págs. 197 y ss.; *idem*, "Gesellschaft und Demokratie in Deutschland" (1965), págs. 171 y ss.

concebido dicho ente (por ejemplo, como “organismo ético” o como “dominio ético” en la teoría del Derecho político del siglo XIX, o en la formalización y vaciamiento de la teoría positivista del Derecho político del cambio de siglo en cuanto persona jurídica), mientras que su misma existencia se hallaba por encima de cualquier duda.

9. Para la actual teoría del Estado, que ha asumido la historicidad de su objeto (y la suya propia) así como la “irrupción del tiempo” que eleva a este último a “categoría de la estructura interior del Estado y del Derecho”²², no cabe el recurso a tales representaciones del Estado como una unidad esencial, previa, situada más allá de las fuerzas históricas reales; especialmente cuando el moderno desarrollo industrial y las transformaciones a que ha dado lugar impiden seguir ignorando el problema de la formación de unidad política aislando al “Estado” de su sustrato sociológico.

El desarrollo científico, técnico e industrial, el coetáneo aumento de población, la especialización y división del trabajo, así como la consiguiente y creciente densificación y mutación de las relaciones vitales han ocasionado el crecimiento y la modificación de las tareas del Estado, su “pluralización” y su “democratización”. Han impuesto al Estado más y mayores tareas porque la moderna vida económica, cultural y social necesita de la planificación, de la dirección y de la configuración, haciendo surgir con intensidad creciente la tarea de la “procura existencial”²³ y haciendo que la seguridad y asistencia sociales sean consideradas, cada vez en mayor medida, como tarea del Estado. En la medida en que con ello la actuación estatal adquiere relevancia para la vida económica y social y en la medida en que aumenta

²² BÄUMLIN (*cit. n. 16*), págs. 8 y ss., si bien reforzando notablemente el aspecto procesual-dinámico (págs. 13, 38 y *passim*).

²³ Este concepto acuñado por E. FORSTHOFF (“Die Verwaltung als Leistungsträger” (1938), ahora recogido resumidamente en “Rechtsfragen der leistenden Verwaltung”, 1959, págs. 22 y ss.) designa la provisión de servicios (por ejemplo, electricidad, agua, medios de transporte, etc., que hoy resultan vitales tanto para el individuo como para la comunidad y, por tanto, se han convertido en tarea de la Administración pública; ello suscita, junto a la problemática tradicional de la garantía de la libertad individual frente a intervenciones ilegales, el problema de la garantía de la participación en tales prestaciones.

la dependencia del individuo respecto de esta actuación, el Estado queda implicado en la lucha de los grandes grupos económicos rivales surgidos en el curso de dicho proceso, así como resulta modificada la naturaleza de los enfrentamientos políticos. Si hasta el presente los grupos sociales habían desarrollado sus antagonismos fuera y por debajo del firme marco del orden estatal, ahora dirigen sus aspiraciones y expectativas de forma inmediata al poder político y a su centro, el Estado gobernante y administrador²⁴. Si hasta ahora la confrontación política había sido cosa de sectores sociales restringidos, a partir de ahora la misma es asumida por las masas a quienes el sufragio universal abre la posibilidad de ejercer influencia. El Estado democrático contemporáneo, que ya no sabe de un sujeto unitario del dominio político, deviene una parte (no, pues, la totalidad) de la moderna sociedad industrial, cuyos conflictos se incorporan al proceso de formación de la unidad política y de la voluntad del Estado, debiendo ser aquí dirimidos y pacificados. Ya no es posible prescindir de este aspecto de su realidad.

10. Así pues, solo en tanto se cumple la tarea de formar y preservar la unidad política deviene el Estado una realidad existente como conexión unitaria de actividad y actuación. El Estado sólo puede ser comprendido en la medida en que se le entiende bajo estas dos dimensiones: como una unidad que debe ser constantemente creada, preservada y consolidada y como actividad y actuación de los “poderes” sobre esta base constituidos.

Ambas dimensiones son, a este respecto y de variadas maneras, mutuamente independientes. Pues tanto el contenido como el éxito de la actividad de los poderes estatales dependen del éxito de la formación de unidad política. Esta, a su vez, depende del contenido y del éxito que en gran parte condicionan el que el Estado encuentre adhesión y apoyo, razón por la que la dirección y el medio de la actividad estatal deben orientarse en buena medida hacia la adhesión o el apoyo existentes, o los que cabe esperar. Cuando, por tanto, en adelante se utiliza el concepto de

²⁴ U. SCHEUNER, “Festgabe für R. Smend” (*cit. n. 19*), pág. 251; P. VON OERTZEN, “Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft” (1974), pág. 305.

unidad política y el concepto de "Estado" referido a la actuación de los poderes estatales, ello sólo tiene lugar en aras de la claridad, sin que deba hacer olvidar que se trata únicamente de aspectos de una conexión unitaria, aunque compleja.

11. Lo cual no se extiende a la totalidad de la convivencia humana dentro del territorio estatal. Hay que preguntarse, pues, en qué relación se halla con dicha "totalidad".

La concepción tradicional parte, a este respecto, de la distinción entre "*Estado*" y "*Sociedad*", situando al Estado como una unidad dada y a la Sociedad como una pluralidad dada el uno frente a la otra y sin relación alguna. Este dualismo sigue hundiendo sus raíces en el pensamiento liberal predemocrático de la época anterior a 1918, siendo expresión de la relación entre un poder estatal, representado por el gobierno monárquico y el aparato funcional, y una "sociedad" excluida en buena parte de la determinación y conformación políticas, cuya vida básicamente venía autorregulada, en tanto el "Estado" sólo tenía que garantizar los presupuestos de un proceso sometido a sus propias leyes, interviniendo sólo en caso de perturbaciones.

Ahora bien, los presupuestos de tal dualismo han desaparecido en el Estado democrático y social contemporáneo. La vida "social" ha dejado de ser posible sin una organización responsable, organizadora y planificadora. A la inversa, el "Estado" democrático no se constituye sino a través de la cooperación social. También la vida social se halla en relación más o menos estrecha con la vida estatal en el proceso de formación de la unidad política. La importancia actual del Estado para la vida económica y social, así como la influencia "social" sobre la actividad estatal e, incluso, la participación "social" en aquel excluyen una contraposición carente de relación alguna.

De ahí, pues, que el par de conceptos "Estado" y "Sociedad" sea incapaz de expresar adecuadamente dicha relación²⁵. Otra cosa es cuando la distinción es entendida como expresión de una *diferenciación funcional*²⁶; ahora bien, hay que evitar trasladar

²⁵ H. EHMKE, "'Staat' und 'Gesellschaft' als verfassungstheoretisches Problem", en "Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag" (1962), págs. 24 y ss.

²⁶ Así, básicamente, en BÖCKENFÖRDE (cit. n. 19), págs. 21 y ss.

al presente residuos de la concepción anterior. La expresiva diferenciación entre "comunidad política" como la "asociación global" y "government" como denominación sintetizada de las instituciones de formación de la opinión y de la voluntad políticas, de las instituciones de dirección, coordinación y gobierno dentro de la asociación global²⁷ obligaría, en el contexto de la exposición de los rasgos básicos del Derecho Constitucional vigente, a renunciar al concepto de "Estado" o a utilizarlo con un significado difícilmente determinable. De ahí que la diferenciación entre lo estatal y lo no-estatal en el seno de la colaboración humana dentro del territorio del Estado deba ser expresada empleando el concepto de "Comunidad" (*Gemeinwesen*) referido a ambos, en tanto el concepto de "Estado" queda reservado al concepto más estricto de actividad y actuación de los poderes constituidos a través de la formación de unidad política. "Unidad política", "Estado" y "Comunidad" son empleados, pues, como denominaciones de las diferentes conexiones de actuación que, en buena medida, son realizadas por las mismas personas, por lo cual no deben ser entendidos en forma de una yuxtaposición aislada y sí como "ámbitos" a efectos de una mejor comprensión. A este respecto resulta evidente que una determinación terminológica de este tipo, condicionada por la tarea planteada, al igual que los aspectos antes desarrollados, no pueden quedar más que bosquejados, habiendo que renunciar al tratamiento de cuestiones esenciales de esta problemática²⁸.

12. Si la unidad política y, con ella, el Estado sólo devienen existentes a través de la actuación humana, ésta última exige, a su vez, la necesidad de organizar esa cooperación que debe con-

²⁷ EHMKE (cit. n. 25), pág. 45.

²⁸ Una exposición más amplia de estas ideas en el nuevo enfoque de E-W BÖCKENFÖRDE, en la voz "Staat und Gesellschaft" en "Staatslexikon 5" (7.^a ed. 1989) col. 288 y ss. Vid. también K. HESSE, "Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft", *Die öffentliche Verwaltung*, 1975, págs. 437 y ss. (ahora también recogido en "Staat und Gesellschaft", ed. de E. W. Böckenförde, Darmstadt, 1976, págs. 484-502. N. de T.); cfr. asimismo W. SCHMIDT, "Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 101 (1976), págs. 24 y ss. H. H. RUPP "Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft" en "Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I" 28, en especial marg. 44 y ss.

ducir a la formación de la unidad política y en la que deben realizarse las tareas del Estado. Sólo por medio de una cooperación planificada y consciente, y por tanto organizada²⁹, puede surgir la unidad política. Ahora bien, puesto que este surgir de la unidad política es un proceso permanente, el mismo necesitará de una ordenación, si no quiere quedar abandonado al azar de luchas de poder carentes de reglas; del mismo modo el Estado, a fin de que sus poderes resulten operativos, necesita de la constitución de estos poderes dotándolos de organización, así como, a fin de cumplir sus tareas, de unas reglas de procedimiento: la cooperación organizada y procesualmente ordenada exige un *orden jurídico*, ahora bien, no un orden jurídico cualquiera, sino un orden determinado que garantice el éxito de esa cooperación creadora de unidad, así como la realización de las tareas estatales, eliminando el abuso de las competencias de poder encomendadas o acatadas en orden al cumplimiento de tales tareas; bien entendido que tal garantía y aseguramiento no es sólo una cuestión de fijación de normas sino, sobre todo, además, de actualización del orden jurídico.

13. Pero, además, el orden jurídico se presenta como algo a alcanzar en un *sentido más amplio*. La Comunidad lo necesita porque la convivencia humana no es posible sin él, tanto más en una situación como la actual, que provoca la necesidad de una amplia ordenación y coordinación material de las relaciones y de los ámbitos de la vida social y económica. Igual que le ocurre al Estado, este orden no es algo preexistente en un Derecho desligado de la existencia y de la actuación humanas, colocado por encima de la Historia, existente por sí y para sí, como tampoco es algo preexistente en las objetivaciones de un previo "orden de valores"; por el contrario, se trata de un orden que tiene que ser creado, mantenido en vigor, conservado y desarrollado en cuanto orden histórico por medio de la actuación humana. Sólo cuando el Derecho histórico —consciente o inconscientemente— se incorpora a la conducta humana, se hace vivo y deviene existente. Esta "actualización" precisa del apoyo y de la garantía del Esta-

²⁹ HELLER (cit. n. 15), págs. 88 y ss., y 228 y ss.; BÖCKENFÖRDE (cit. n. 19), págs. 24 y ss.

do: el orden jurídico necesita ser formulado y declarado vinculante por los poderes estatales en amplias partes del mismo, debiendo ser "concretizado" y habiendo de quedar asegurada su observancia. Estado y Derecho, por tanto, no se sitúan, tampoco en este sentido, el uno al lado del otro sin relación alguna; ambos se encuentran, de variadas maneras, mutuamente sometidos y dependientes.

14. En este sentido amplio del orden jurídico no aparece como algo a alcanzar en cuanto orden por el orden, sino como orden *de un contenido determinado*, "recto" y, por ello, legítimo. En este sentido son criterios de su "rectitud" la tradición acreditada, pero también su contrario: experiencias históricas que han probado lo que no es "recto" y, por tanto, no debe ser considerado Derecho y, en conexión con ello, principios jurídicos que se han formado a través de la experiencia histórica de las generaciones habiendo resultado confirmados por las mismas, así como los modelos de la generación viviente acerca de la conformación del presente y del futuro.

15. A fin de poder condicionar la conducta humana este Derecho histórico necesita por principio de su "aceptación", la cual, a su vez, descansa sobre el acuerdo básico acerca del cumplimiento de los contenidos del orden jurídico —incluso allí donde tal aceptación sólo contiene el reconocimiento del carácter vinculante de las normas jurídicas, no así el libre asentimiento respecto de las mismas. Este consenso básico no garantiza necesariamente la "rectitud", pero sí el mantenimiento duradero de orden jurídico. Allí donde aquel falta puede que la coacción autoritaria ocupe su lugar, un orden jurídico, sin embargo y, por tanto, un orden considerado como algo a realizar no será capaz de fundamentar.

III. La Constitución y su significación para la Comunidad.

1. Concepto.

16. No cabe, pues, a partir ni de un Estado preexistente, independiente de la actuación humana, ni de un Derecho del

mismo carácter, sino únicamente de los cometidos ya expuestos. A fin de responder a los mismos se hace necesario un orden constitutivo: la Constitución.

17. La Constitución es el *orden jurídico fundamental de la Comunidad*. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución “el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad”³⁰.

18. En cuanto orden jurídico fundamental de la Comunidad, la Constitución no se limita a la ordenación de la vida estatal. Sus normas abarcan también —de forma especialmente clara en garantías tales como las del matrimonio y la familia, la propiedad, la educación o la libertad del arte y la ciencia— las bases de la ordenación de la vida no-estatal. De ahí que el Derecho “constitucional” se extienda por un lado más allá del Derecho “político” (*Staatsrecht*), el cual, tanto en virtud del objeto como del significado literal, se refiere sólo al Derecho de Estado; por otro lado sus límites son más estrechos, dado que el Derecho “político” abarca Derecho del Estado no imputable al orden *fundamental* de la Comunidad, como el Derecho Administrativo o el Derecho Procesal^{30a}. Los conceptos, por tanto, sólo en parte son idénticos³¹. Puesto que la Constitución establece los presupuestos de la creación, vigencia y ejecución de las normas del resto del ordenamiento jurídico, determinando ampliamente su

contenido, se convierte en un elemento de unidad del ordenamiento jurídico de la Comunidad en su conjunto, en el seno del cual viene a impedir tanto el aislamiento del Derecho constitucional de otras parcelas del Derecho como la existencia aislada de esas parcelas del Derecho entre ellas mismas.

2. Estructura y función.

19. Las normas de la Constitución no son completas ni perfectas. Verdad es que un gran número de cuestiones relativas al orden estatal se encuentran minuciosamente reguladas; pero amplios sectores pertenecientes incluso a la vida estatal en sentido estricto aparecen regulados por disposiciones de una más o menos grande amplitud de contenido y algunos ni siquiera son regulados.

20. La Constitución, pues, no es ordenación de la totalidad de la cooperación social-territorial (*gebietsgesellschaftliches Zusammenwirken*), la cual no es, en absoluto, simple “ejecución constitucional”. Como tampoco es una unidad sistemática ya cerrada, bien sea ésta de tipo lógico-axiomático o bien basada en una jerarquía de valores. Sin embargo, sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución. Ello no significa que este juego global se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí que la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, en este sentido, *como unidad*³², y que el Derecho constitucional se halla orientado en mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento³³.

³⁰ HÖLLERBACH (cit. n. 19), pág. 46. (Sobre la traducción de *Gemeinwesen* por “Comunidad”, vid. *supra* nota introductoria n. 26).

^{30a} Pasajes como éste ponen de manifiesto la relativa incorrección de la traducción del término *Staatsrecht* por “Derecho político”, la que, sin embargo, se ha mantenido, por lo demás, a falta de un término más aproximado. *N. del T.*

³¹ Respecto a su ámbito vid. STERN (cit. n. 19) pág. 7 y ss.; E-W BÖCKENFÖRDE “Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft” en “Festschrift für Hans-Ulrich Scupin” (1983) pág. 317 y ss.

³² BVerfGE 1, 14 (32), jurisprudencia constante; cfr. también BVerfGE 49, 24 (56) con más referencias. BAUMLIN (cit. n. 16), páginas 27 y *passim*; EH-MKE, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation” (cit. n. 18), págs. 77 y ss.; U. SCHEUNER, “Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer”, 20 (1963), págs. 125 y ss. En sentido crítico, F. MÜLLER, “Die Einheit der Verfassung” (1979), en especial págs. 225 y ss. idem “Juristische Methodik” (4.^a ed. 1990) pág. 216 y ss.

³³ H. KRÜGER, “Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit”, en “Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag” (1962), pág. 159.

21. El carácter incompleto de la Constitución puede deberse a que *no sea necesaria* una norma constitucional. La Constitución no codifica sino que únicamente regula —y muchas veces sólo de forma puntual y a grandes rasgos— aquello que parece importante y que necesita determinación; todo lo demás se da por supuesto tácitamente, o bien se confía al resto del ordenamiento jurídico su conformación y concretización. De ahí que de antemano la Constitución no pretenda carecer de lagunas ni ser tan siquiera un sistema cerrado.

22. Pero la Constitución también puede tener interés en no someter a normas jurídicas un determinado ámbito vital, o bien hacerlo sólo bajo algunos aspectos; determinadas cuestiones, como por ejemplo, la de la “constitución económica”, la Constitución las deja *pretendidamente abiertas*, al objeto de dejar en ellas libre espacio a la discusión, decisión y configuración³⁴. La Constitución, por fin, puede quedar incompleta e inacabada porque determinadas conexiones de actuación tales como la política exterior o la actividad de los partidos políticos, dado su carácter, *no son susceptibles* de una detallada regulación jurídica o lo son *sólo con dificultad*; claro que puede que lo que se persiga en estos casos sea también, y en primer lugar, el hacer posible la libertad de configuración.

23. Por fin, en coincidencia parcial con dichas razones especiales y más allá de las mismas, la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos. Esta alterabilidad caracteriza particularmente las relaciones vitales reguladas por la Constitución. De ahí que sólo al precio de frecuentes reformas constitucionales pueda el Derecho constitucional hacerse preciso, evidente y previsible. Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer necesariamente “abierto al tiempo”³⁵.

³⁴ Cfr. BVerfGE 50, 290 (336 y ss.) con más referencias.

³⁵ BÄUMLIN (cit. n. 16), pág. 15. Básico para la significación de “lo público” para la Constitución: P. HÄBERLE, “Öffentlichkeit und Verfassung”, *Zeitschrift für Politik*, 16 (1969), págs. 273 y ss.

24. Esta amplitud e indeterminación de la Constitución no supone, sin embargo, su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la Comunidad. La Constitución no se limita a dejar abierto sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto.

25. No deben quedar indeterminados los *fundamentos del orden de la Comunidad*. Al establecerse con carácter vinculante tanto los principios rectores de formación de la unidad política y de fijación de las tareas estatales como también las bases del conjunto del ordenamiento jurídico, dichos fundamentos deben quedar sustraídos a la lucha constante de los grupos y tendencias, que no es discutible y que, por lo mismo, no precisa de nuevo acuerdo y nueva decisión. La Constitución pretende crear un núcleo estable de aquello que debe considerarse decidido, estabilizado y distendido.

26. Pero tampoco deben quedar indeterminados *la estructura* estatal y el procedimiento mediante el cual han de decidirse las cuestiones dejadas abiertas.

27. Por eso instituye la Constitución órganos a los que confiar, según su carácter objetivo, ámbitos de tareas de la actuación estatal distintos, determinados y delimitados así como las atribuciones de poder necesarias para la adecuada asunción de dichas tareas: La Constitución funda *competencias*, creando así en el ámbito de los respectivos cometidos poder estatal conforme a derecho. Procura regular la composición y conformación de los órganos de tal modo que corresponda al carácter de su cometido, garantizando así la adecuada asunción de sus funciones. Coordina las diferentes funciones una con otra, tratando de conseguir así que las mismas se complementen mutuamente, que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados, evitándose un abuso de competencias.

28. Además de esta regulación de la estructura estatal la Constitución determina los procedimientos que deben hacer posible la resolución de conflictos, a través de los cuales debe tener lugar el proceso de formación de unidad política y por medio de los cuales la decisión de las cuestiones abiertas quede sometida a reglas claras, comprensibles, garantizadoras, en lo que ello es posible, de un resultado adecuado. La importancia de tales pres-

cripciones es tanto mayor cuanto más abierta se mantiene la Constitución en sus determinaciones de contenido, porque, por encima de la necesaria apertura material frente a objetivos diferentes, se otorga, sin embargo, una forma estable a la realización de dichos objetivos, alcanzando así ese efecto estabilizador³⁶ y de distensión indispensable para la existencia de una apertura de contenido.

29. Tanto por medio de lo que deja abierto como por medio de lo que no deja abierto, la Constitución produce esos efectos en los que se cifra su función en la vida de la Comunidad.

30. El Derecho constitucional crea reglas de actuación y decisión políticas; proporciona a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que pueda sustituirla. Por ello la Constitución deja espacio para la actuación de las fuerzas políticas. Cuando la Constitución no regula numerosas cuestiones de la vida política, o lo hace sólo a grandes rasgos, no hay que ver en ello solamente una renuncia a su regulación o una remisión de la misma al proceso de actualización y concretización, sino que, además de ello, hay que ver con frecuencia también en dicha actitud una garantía constitucional de la libre discusión y de la libre decisión de estas cuestiones. Que esta libertad no pueda convertirse en un sistema cerrado que excluya la alternatividad de los objetos e inaccesible a la actuación de diferentes fuerzas, es algo que la Constitución procura garantizar a través del tipo de sus prescripciones materiales, organizativas y procesales.

31. Cuya función no sólo estriba en esta garantía. Por medio de sus prescripciones materiales, de las relativas a la estructura estatal y a la regulación constitucional del proceso de formación de unidad política y de la actuación estatal la Constitución origina unidad estatal, confiere forma a la vida de la Comunidad, asegura continuidad suprapersonal³⁷ con el consiguiente efecto estabilizador. A la vez permite entender y comprender la formación de unidad política y la actuación estatal, hace posible la participación consciente, protege frente a una

³⁶ Cfr. al respecto, asimismo, BÄUMLIN (cit. n. 16), pág. 43; H. KRÜGER, "Allgemeine Staatslehre" (cit. n. 19), págs. 197 y ss., 835.

³⁷ SCHEUNER, "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften", 12 (cit. n. 19), pág. 658.

recaída en lo informe e indiferenciado³⁸ con la consiguiente eficacia estabilizadora. A través de la ordenación del procedimiento de formación de unidad política, de la fundación siempre limitada de atribuciones de poder estatales, de la regulación procesal del ejercicio de estas atribuciones y del control de los poderes estatales la Constitución pretende limitar el poder estatal y preservar de un abuso de este poder: En esta su función de posibilitar y garantizar un proceso político libre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual estriba la *cualidad de la Constitución*.

3. La Constitución como Constitución escrita.

32. El efecto estabilizador y racionalizador de la Constitución se ve potenciado cuando la Constitución es una Constitución escrita.

Cuando su contenido aparece recogido en un documento ello tiene el mismo sentido que el de cualquier otra atestación documental: sobre lo escriturado debe existir claridad y certeza jurídicas. Ciertamente que muchas de estas determinaciones recogidas por escrito ofrecen la posibilidad de distintos entendimientos, sobre todo cuando necesitan de una concretización más precisa. Pero, al captar el contenido de la Constitución en un texto que ha de ser interpretado con los medios de la interpretación de textos, la Constitución limita las posibilidades de entendimientos diferentes (vid. *infra* número marginal 77 y ss.), dando a la actuación y concretización firmes puntos de referencia. Con ello se forman en el texto escrito de la Constitución determinaciones que elevan considerablemente el efecto estabilizador, racionalizador y garante de la libertad que posee la Constitución.

33. Esta intención fracasa cuando a la Constitución escrita se la deja de considerar como estrictamente vinculante. Cuando el juez y con el mismo derecho el político o cualquier otro —hoy con frecuencia con base en un mal entendido rechazo de la concepción positivista del Derecho— creen poder imponerse a la

³⁸ M. IMBODEN, "Die Staatsformen" (1959), págs. 110 y ss.

Constitución escrita, puede que las soluciones que de este modo se obtengan sean, en algún caso, más adecuadas que las de una interpretación más literal. Con ello, sin embargo, queda abierto el camino por el que la Constitución pueda ser dejada de lado con sólo invocar cualquier interés aparentemente más alto pero cuya superioridad será, con toda seguridad, puesta en cuestión. La idea básica de la Constitución escrita se ve entonces sustituida por una situación de inseguridad producida por una lucha constante de fuerzas y opiniones que en su argumentación no disponen de una base común de referencia.

34. La vinculación a la Constitución escrita no excluye un Derecho constitucional no escrito³⁹. Pues tampoco su fijación en un documento constitucional convierte a la Constitución en un sistema “sin lagunas”; por el contrario, necesita ser completada por medio de Derecho constitucional no escrito, el cual, sin embargo, a causa de su función sólo complementadora jamás puede surgir y mantenerse desvinculado de la Constitución escrita, sino que siempre lo hará en forma de desarrollo y perfeccionamiento de la Constitución escrita y en consonancia con tales principios⁴⁰. La función de la Constitución escrita impide imponerse al Derecho constitucional escrito invocando un Derecho constitucional no escrito.

35. Pero esta primacía de la Constitución escrita no la convierte en la última fuente del derecho. Como Constitución escrita, la Constitución origina necesariamente legalidad, pero no necesariamente legitimidad, a pesar de que ya en su legalidad subyace un elemento —con frecuencia olvidado— de legitimidad. Más allá de esto la Constitución debe su legitimidad al

³⁹ Sobre esto (disintiendo en parte de la opinión mantenida en el texto), H. HUBER, “Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts”, en “Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht” (1971), págs. 329 y ss. Sobre la problemática del Derecho constitucional consuetudinario: Chr. TOMUSCHAT, “Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland” (1972).

⁴⁰ BVerfGE 2, 380 (403). Resulta, sin embargo, equívoco el que el Tribunal Constitucional Federal busque los fundamentos del Derecho constitucional no escrito en la “imagen de conjunto preconstitucional” del constituyente, la que, al vincular y mantener unidos los preceptos de la Constitución, se convierte precisamente en la única imagen de conjunto constitucionalmente vinculante.

acuerdo en torno a su contenido, o al menos al respeto del mismo. Pero ni siquiera el más completo acuerdo es capaz de excluir la posibilidad de una contradicción entre la Constitución y los más altos principios del Derecho como último fundamento de la legitimidad. Cuya fuerza de obligar, sin embargo, no puede ser constatada por ninguna otra instancia sino por la conciencia jurídica. Por eso pueden fundamentar un derecho de resistencia pero precisamente a causa de esa contradicción no pueden adoptar la forma de la legalidad de la Constitución.

4. “Rigidez” y “movilidad” de la Constitución.

36. Puesto que la Constitución engloba los caracteres de apertura y amplitud de una parte con la presencia de disposiciones vinculantes de otra, es claro que el punto decisivo radica precisamente en la *polaridad de estos elementos*. De ahí que la cuestión acerca de la “rigidez” o “movilidad” de la Constitución no se plantee en forma de alternativa sino como un problema de coordinación “correcta” de dichos elementos.

37. Ambos son necesarios para que la Constitución pueda cumplir su cometido, los caracteres de apertura y amplitud porque sólo ellos permiten responder al cambio histórico así como a la diversidad de las situaciones vitales, las disposiciones vinculantes porque su virtud estabilizadora posibilita esa relativa constancia, única capaz de preservar a la vida de la Comunidad de su disolución en un cambio continuo, inabarcable e incontrolable. La coordinación de ambos elementos es necesaria a fin de que ambos puedan cumplir su misión. Lo persistente no puede convertirse en un obstáculo allí donde el movimiento y el progreso se imponen; de lo contrario el cambio se produce al margen de la norma jurídica. Lo cambiante no debe eliminar la virtud estabilizadora de las disposiciones vinculantes; de lo contrario, queda incumplido el cometido de la Constitución, el orden jurídico fundamental de la Comunidad.

38. Sólo en un segundo plano aparece el problema de la “rigidez” o de la “movilidad” de la Constitución (por ejemplo, en forma de requisitos de mayorías cualificadas, de referéndum de ratificación o, incluso, en forma de exclusión de determinadas reformas) como un problema de *revisión constitucional*. Pues la

revisión constitucional sólo se plantea allí donde la misma amplitud y apertura de la Constitución no es capaz de dar respuesta a los problemas planteados por una situación determinada. A este punto se llegará tanto antes cuanto más estrictas y detalladas sean las disposiciones materiales de la Constitución.

39. Por "revisión constitucional" se entiende aquí exclusivamente la revisión del texto de la Constitución. La cual hay que distinguirla de la "ruptura constitucional" (*Verfassungsdurchbrechung*), es decir, la no observancia del texto en un supuesto individual (sin modificación del texto), como se admitía en la práctica política de la República de Weimar con tal de que se dieran las mayorías requeridas para la reforma de la Constitución. Finalmente, la "revisión constitucional" debe ser diferenciada de la "mutación constitucional" (*Verfassungswandel*), que no afecta al texto como tal —el cual permanece inmodificado— sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales; en efecto, dada la amplitud y apertura de las normas constitucionales, las mismas pueden conducir a resultados distintos ante supuestos cambiantes (número marginal 45 y ss.) operando en este sentido una "mutación". La problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional.

40. Si se dificultan las reformas constitucionales en una Constitución que deja poco espacio a la mutación entonces resulta efectivamente correcto hablar de una Constitución "rígida"; a pesar de que el contenido de las disposiciones constitucionales se halle en este caso determinado con relativa precisión, difícilmente se hallará, sin embargo, la Constitución en situación de cumplir su cometido en la realidad histórica de la vida de la Comunidad. La situación no es mucho mejor cuando una Constitución que deja poco espacio a la mutación se hace "movible" posibilitando su reforma en cualquier momento y sin obstáculos. Ciertamente esta solución compatibiliza una más rápida adaptación con una mayor precisión del texto constitucional; pero tampoco en este caso puede la Constitución cumplir su misión de orden jurídico fundamental de la Comunidad, porque se la priva de un aspecto esencial, de su virtud estabilizadora. Por el contrario se atiende a la idea y al cometido de la Constitución cuando se deja espacio a la mutación constitucional en los límites traza-

dos en el texto, a la vez que se ponen obstáculos a la reforma constitucional; tal solución opera simultáneamente esa relativa elasticidad y esa relativa estabilidad necesarias para el adecuado cumplimiento de su cometido por parte de la Constitución.

5. La "realización" de la Constitución.

41. La Constitución se compone de normas. Estas contienen requerimientos dirigidos a la conducta humana, no aún conducta humana misma; las normas no son más que letra muerta sin eficacia alguna cuando el contenido de tales requerimientos no se incorpora a la conducta humana. El Derecho constitucional, en este sentido, no puede ser desvinculado de la actuación humana; sólo en la medida en que a través de dicha actuación y en dicha actuación resulta "realizado", alcanza el mismo la realidad de un orden vivido, formador y conformador de realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la Comunidad (número marginal 31).

42. a) Esta realización no es algo que quepa dar por supuesto. Depende de la medida en que la Constitución efectivamente motive y determine la conducta humana, en la medida, por tanto, en que sus normas se hallen "en vigor" no sólo hipotéticamente sino también realmente. Dicha vigencia real no la alcanza la Constitución por el solo hecho de existir. Se confunde el proceso constituyente en lo que es y en lo que hace cuando se lo concibe como un único *acto de voluntad* del "poder constituyente"⁴¹, de un poder originario del que deriva todo poder constituido y cuyos mandatos han de obedecerse por emanar de su voluntad. Pues también el "poder constituyente" se origina y

⁴¹ C. SCHMITT, "Verfassungslehre" (5.^a ed., 1970), págs. 75 y ss. (traducción al castellano de F. Ayala, Madrid, 1934, reimpr. 1982). E-W BÖCKENFÖRDE, "Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts" (1986); P. HÄBERLE, "Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat - Eine vergleichende Textstufenanalyse", AÖR 112 (1987) pág. 54 y ss.; P. KIRCHHOF, "Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten" en "Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. I", 19 marg. 15 y ss.

conforma mediante actuación humana histórica, usualmente la de una asamblea constituyente, y lo que hace no es nada más — aunque también, claro es, nada menos — que la formulación en el texto de la Constitución de aquello sobre lo que se está de acuerdo o de aquello sobre lo que según la Constitución se debe estar de acuerdo. La voluntad del constituyente histórico no puede fundamentar la vigencia real de la Constitución y, desde luego, no puede mantenerla. Hasta qué punto la Constitución consigue esa vigencia es más bien una cuestión de *fuerza normativa*, de su capacidad de operar en la realidad de la vida histórica de forma determinante y reguladora.

43. Esta fuerza normativa se halla condicionada de una parte por la *posibilidad de realización* de los contenidos de la Constitución. Cuanto mayor sea la conexión de sus preceptos con las circunstancias de la situación histórica, procurando conservar y desarrollar lo que ya se halla esbozado en la disposición individual del presente, tanto mejor conseguirán estos preceptos desplegar su fuerza normativa. Cuando la Constitución ignora el estado de desarrollo espiritual, social, político o económico de su tiempo, se ve privada del imprescindible germen de fuerza vital, resultando incapaz de conseguir que se realice el estado por ella dispuesto en contradicción con dicho estado de desarrollo. Su fuerza vital y operativa se basa en su capacidad para conectar con las fuerzas espontáneas y las tendencias vivas de la época, de su capacidad para desarrollar y coordinar estas fuerzas, para ser, en razón de su objeto, el orden global específico de relaciones vitales concretas.

44. De otra parte, la fuerza normativa de la Constitución se halla condicionada por la *voluntad constante* de los implicados en el proceso constitucional de realizar los contenidos de la Constitución. Puesto que la Constitución como todo orden jurídico precisa de su actualización por medio de la actividad humana, su fuerza normadora depende de la disposición para considerar como vinculantes sus contenidos y de la resolución de realizar estos contenidos incluso frente a resistencias; ello tanto más cuanto que la actualización de la Constitución no puede ser apoyada y garantizada en la misma medida que la actualización de otro derecho por los poderes estatales, los cuales no son constituidos sino a través de esta actualización.

Resulta fundamental por tanto esa voluntad, la cual, a su vez, se apoya sobre el consenso básico que asegura al orden jurídico una estabilidad firme (*vid. supra* número marginal 15); es imprescindible que el acuerdo del constituyente histórico se mantenga entre aquellos cuya actuación y cooperación dicho constituyente trató de dirigir y coordinar a través de las normas de la Constitución. Cuanto más intensa sea la “voluntad de Constitución” (*Wille zur Verfassung*) tanto más lejos cabrá situar los límites de las posibilidades de realización de la Constitución. Lo que no puede dicha voluntad es eliminarlos por completo. Sólo en la medida en que se den ambos presupuestos podrá la Constitución desplegar su fuerza normativa⁴².

45. b) Así pues, y desde la perspectiva de las condiciones de realización del Derecho constitucional, Constitución y “realidad” no pueden quedar aisladas la una de la otra. Lo mismo se diga respecto del *proceso de realización* mismo. El contenido de una norma constitucional no puede por lo regular realizarse sobre la sola base de las pretensiones contenidas en la norma (sobre todo expresadas en forma de un texto lingüístico), y ello tanto menos cuanto más general, incompleto e indeterminado se halle redactado el texto de la norma. Por eso, a fin de poder dirigir la conducta humana en cada una de las situaciones, la norma en mayor o menor medida fragmentaria necesita “concretización”. La cual sólo será posible cuando se tomen en consideración en dicho proceso, junto al contexto normativo, las singularidades de las relaciones vitales concretas sobre las que la norma pretende incidir. La operación de realización de la norma constitucional no puede prescindir de estas singularidades, so pena de fracasar ante los problemas planteados por las situaciones que la Constitución está llamada a resolver.

Así, por ejemplo, el contenido y alcance de la garantía jurídico-constitucional de la propiedad sólo puede ser determinado teniendo en cuenta la función social y económica de la propiedad en el moderno Estado social. La regulación constitucional de la libertad de expresión por medio de la radiodifusión sólo

⁴² Sobre todo ello, más detalladamente, K. HESSE, “La fuerza normativa de la Constitución” (1959), págs. 61-84 de esta selección.

puede ser llevada a cabo tomando en consideración los acelerados cambios producidos en la radiodifusión en especial por lo que hace a sus posibilidades técnicas⁴³, razón por la cual la conformación y garantía de esta libertad tienen que ser distintas de la de, por ejemplo, la libertad de expresión por medio de la prensa, donde los condicionamientos técnicos y económicos son diferentes.

46. Así pues, la “concretización” del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resultan posibles incorporando las circunstancias de la “realidad” que esa norma está llamada a regular. Las singularidades de estas circunstancias —con frecuencia conformadas ya jurídicamente— integran el “ámbito normativo”, el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el “programa normativo” es elevado a parte integrante del contenido normativo⁴⁴. Puesto que estas singularidades, y con ellas el “ámbito normativo”, se hallan sometidas a cambios históricos, los resultados de la “concretización” de la norma pueden cambiar, a pesar de que el texto de la norma (y con ello, en lo esencial, el “programa normativo”) continúa siendo idéntico. De todo ello resulta una *mutación constitucional* constante, más o menos notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez⁴⁵.

⁴³ Cfr. BVerfGE 12, 205 (260 y ss.); 57, 295 (322 y ss.); 73, 118 (154 y ss.); 74, 297 (350).

⁴⁴ F. MÜLLER, “Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts” (1968), págs. 9 y ss., con más referencias. La norma se convierte de este modo en “modelo de ordenación acuñado por su objeto (*sachgeprägtes Ordnungsmodell*), como proyecto vinculante de un orden parcial de la comunidad jurídica, la cual modela la norma, en la que lo regulador y lo regulado van necesariamente unidos complementándose indeclinablemente el uno al otro y fundamentándose en la praxis de la realización del Derecho” (*ibid.* pág. 9). Cfr. también F. MÜLLER, “Thesen zur Struktur von Rechtsnormen”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LVI (1970), especialmente págs. 504 y ss. (ahora recogido también en *idem*, “Rechtsstaatliche Form Demokratische Politik” (1977), págs. 257-270. N. del T.). *Idem* (conjuntamente) *Juristische Methodik* (4.ª ed. 1990), pág. 270 y ss.

⁴⁵ Respecto a este problema, en especial: BRYDE (cit. n. 19), pág. 20 y ss., 254 y ss.

47. Ahora bien, las posibilidades de esa “mutación constitucional” son limitadas, sin que varíe en nada la constante vinculación de la realización de las normas constitucionales a esas normas precisamente. Por eso, los contenidos que se realicen en contradicción con dichas normas tampoco pueden ser “realidad constitucional”, es decir, Constitución realizada, al menos no si con ese concepto se pretende decir algo. Verdad es que la realización de normas constitucionales tiene que ir inevitablemente, unas veces más otras menos, por detrás de los mandatos que estas normas dirigen a la conducta humana, siendo en la descripción de esta diferencia donde la contraposición entre Derecho constitucional y realidad constitucional encuentra su justificación. Pero no existe una realidad constitucional *contra constitutionem*. La afirmación de una contraposición entre Derecho constitucional y realidad constitucional puede no solo oscurecer la verdadera problemática, sino incluso desviarla. Al calificar la realidad inconstitucional como realidad constitucional se otorga a esta realidad fuerza normadora, con lo que en cuanto fuerza normadora de la realidad aparece de antemano por encima de la fuerza normadora del “Derecho”. La calificación de la realidad inconstitucional como realidad constitucional contiene, pues, una opción —con frecuencia desde luego inconsciente— contra la Constitución, a la que se le priva de una contemplación jurídico-constitucional.

48. Ello no significa que en la vida de la Comunidad no pueda haber realidad alguna que se halle en contradicción con la Constitución, o que tal realidad deba ser considerada irrelevante. Se trata, por el contrario, de tomarla en consideración y hacer lo necesario para evitar que se produzca una realidad inconstitucional, o para situar de nuevo a la realidad de acuerdo con la Constitución. Por ello la perspectiva jurídica así como la argumentación que se vincula a la normatividad de la Constitución necesita ser completada por consideraciones de *política constitucional* dirigidas a mantener o posibilitar este acuerdo, a crear los presupuestos de una realización legítima de la Constitución o bien, si no, a reformar la Constitución.