

602  
600  
500  
400

Constitucionalismo y derechos fundamentales

Dieter Grimm

Estudio preliminar de Antonio López Pina

Traducción de Raúl Sanz Burgos  
y José Luis Muñoz de Baena Simón

ca

181940

E D I T O R I A L T R O T A

La edición de esta obra ha contado con la ayuda del Goethe-Institut

## CONTENIDO

Prólogo: <i>Antonio López Pina</i> .....	9
1. Constitución .....	27
2. Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno .....	45
3. Los derechos fundamentales en relación con el origen de la sociedad burguesa .....	77
4. El concepto de constitución en su desarrollo histórico .....	107
5. ¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales? .....	155
6. El futuro de la constitución .....	175
<i>Índice general</i> .....	211

## COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS

Serie Derecho

Título original: Die Zukunft der Verfassung

© Editorial Trota, S.A., 2006  
Ferraz, 55. 28008 Madrid  
Teléfono: 91 543 03 61  
Fax: 91 543 14 88  
E-mail: [editorial@trota.es](mailto:editorial@trota.es)  
<http://www.trota.es>

© Dieter Grimm, 1991

© Antonio López Pina, 2006

© Raúl Sanz Burgos, para la traducción de los capítulos 1-5,  
y José Luis Muñoz de Boena Simón, para la traducción del capítulo 6, 2006

ISBN: 978-84-8164-733-4  
Depósito Legal: M-16.611-2010

Impresión  
Service Point, S.A.

## ESTUDIO PRELIMINAR

Antonio López Pina

Corresponde a quien prologa glosar *externa y subjetivamente la obra y perspectiva del autor* (Hegel, *Vorrede zur Rechtsphilosophie*, 1821).

Hacer justicia al pensamiento es la cuestión. En la Italia *quattrocentesca*, el poeta tenía conciencia de ser quien, mediante versos consagradores de la inmortalidad o condenadores al olvido, otorgaba el aura de prestigio de la época. Con un desfile triunfal y una asamblea en el Olimpo quiso Petrarca, en *Trionfo della fama*<sup>1</sup>, mostrar a Italia los personajes que, en la Antigüedad greco-latina y desde entonces, habían tallado a golpe de pluma su biografía, haciéndose merecedores del laurel de la fama. En *el estudio del artista*, que cuelga en el Kunsthistorisches Museum de Viena, Vermeer escenifica el laurel, un libro y una flauta como iconos del prestigio.

Hace unos años reconocía yo a *la dogmática alemana como punto de partida de una teoría del Derecho público*<sup>2</sup>. El capítulo que entonces abrierá para los jóvenes juristas que trabajan en lengua española quedó pendiente de ser completado con semblanzas de personalidades que se hayan ganado la celebridad en la lucha por el Derecho. Ciertamente, no soy por mi escritura digno de atar las sandalias de Petrarca, y mi capacidad para hacer visualizables mis argumentos está tan lejos como posible de la fuerza plástica de Vermeer. Ahora

1. Vid. Francesco Petrarca, *Trionfi*, Rizzoli, Milano, 1984.

2. Edición, *Prolegomena*, exordio y traducción de A. López Pina; Prólogo de M. A. García Herrera, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2001. Tal perspectiva de *la dogmática alemana como punto de partida de una teoría del Derecho público* ha inspirado los *Elementos de Derecho público*, escritos en colaboración con I. Gutiérrez, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 2002.

bien, dado que, por mérito de una extraordinaria ejecutoria a lo largo del último cuarto de siglo, se ha hecho Dieter Grimm<sup>3</sup> acreedor de que los juristas lectores en lengua española puedan tenerlo como mentor, a falta de mejor introductor que yo mismo y a modo de *pendant* de la tesis a que he hecho referencia más arriba, lo incorporaré a mi *pantheon de la gloria*<sup>4</sup>, al servicio de su mayor conocimiento.

En tal sentido, hablaré en primer lugar, de la *teoría de la Constitución* que subyace al pensamiento de Grimm, y del autor como *defensor* de la Ley Fundamental en la vida constitucional alemana; a continuación bosquejaré al personaje que sumo a mi *panasso de inmortales*, para deducir finalmente algunas consecuencias para los juristas hispano-lectores.

### 1. Teoría y práctica de la Constitución

#### 1.1. Una teoría de la Constitución, con la garantía de los derechos fundamentales como eje central

En los derechos fundamentales aprecia Grimm, especialmente, lo que comparado con anteriores constituciones alemanas hemos ganado en relevancia con la Ley Fundamental. Si bien la Constitución de Bonn ha renunciado a los derechos sociales de la Constitución de Weimar,

3. La presente edición quiere contribuir a la largo tiempo demorada plena recepción en lengua española que Dieter Grimm merece. Ello completa su fragmentaria recepción a lo largo de la última década:

— A. López Pina, «Del Derecho bajo el Estado previsor»: *Saber Leer* 58 (1992), en torno a D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991.

— D. Grimm, «Evolución de las tareas del Estado y crisis del Estado de Derecho», en *Democracia representativa y Parlamentarismo*, ed. de A. López Pina, Publicaciones del Senado, Madrid, 1994.

— D. Grimm, «Los partidos políticos», en Benda, Malinof, Vogel, Hesse, Heyde (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, edición, *prolegomena*, exordio y traducción de A. López Pina, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 72001 (1996).

Los estudiantes europeos no-españoles, iberoamericanos y españoles han tenido la fortuna de escuchar personalmente a Dieter Grimm en los seminarios de Derecho constitucional y Jean Monnet y Juan Monnet de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, en noviembre de 1992, noviembre de 1996 y abril de 2000.

4. Dieter Grimm va a sentirse en buena compañía. A través de los años han atraido intelectualmente mi atención, en especial, Hermann Heller, Konrad Hesse, Paul Kirchhof, Jura Limbach, Peter Häberle, Eberhard Schmidt-Assmann, Wolfgang Hoffmann-Riem y Hasso Hofmann, entre los juristas alemanes. Por otra parte, en el intento de hacer justicia a mis maestros presenté a la doctrina alemana hace unos años, de un lado, la mejor escuela española de Derecho constitucional y, de otro, la generación de 1914.

ha reforzado considerablemente los derechos fundamentales clásicos. El artículo 1.2 GG<sup>5</sup> los dota además del *pathos* insurreccionalista del constitucionalismo originario. El artículo 1.3 GG establece su validez inmediata, que obliga a los poderes públicos, el legislativo incluido. Simultáneamente, se limita la intervención del legislador en los derechos fundamentales mediante reservas de ley y el contenido esencial de los derechos (art. 19.2 GG). Sobre todo, con el *Bundesverfassungsgesetz* se ha creado una institución que hace suyos expresamente los derechos fundamentales, habiendo sido dotado a tal fin de un acervo competencial sin precedentes.

El dogmático Grimm construye su teoría a partir de la ejecutoria práctica de la Constitución: en una primera fase, se trataba de afirmar, ampliar y profundizar la protección jurídico-fundamental frente a limitaciones estatales o actitudes autoritarias importadas de épocas pasadas. El *Elfer-Urteil*, de 1957, hizo plena la protección de los derechos fundamentales. La *Strafgefängnis-Entscheidung* extendió la eficacia de los derechos a las relaciones especiales de sujeción: fuerzas armadas, función pública, instituciones educativas... Una serie de sentencias ha desarrollado el principio de *proporcionalidad* que ha desplazado el bastión de la protección jurídico-fundamental al espacio previo al artículo 19.2 GG, dejando a éste prácticamente sin efecto. Fallos como el del *censo* (*Volkszählung*) extendieron la protección de los derechos fundamentales a amenazas a la libertad que traen causa del progreso científico-técnico, que no eran previsibles en el momento de gestación de la Ley Fundamental. La *Müllerim-Kärlich-Entscheidung* colocó la protección de los derechos fundamentales en el procedimiento de decisión para ámbitos en los que el resultado no puede por más tiempo ser previsto suficientemente en la ley.

De todos modos, según Grimm, ninguna sentencia ha engrandecido la protección jurídico-fundamental como el *Lith-Urteil*, de 1958. Mediante este fallo, cobró nueva vida la antigua idea de que los derechos fundamentales no son solamente derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que, simultáneamente, forman principios objetivos tanto determinadores de medidas legislativas como inspiradores del Ordenamiento jurídico. En el caso *Lith*, el *Bundesverfassungsgesetz* declaró que las exigencias de los derechos fundamentales no solamente vinculan al legislador; informan también la interpretación y aplicación de las leyes. La protección de los derechos fundamentales fue llevada así hasta el campo de la aplicación

5. Vid. versión en lengua española de la *Grundgesetz*. Apéndice a *Manual de Derecho constitucional*, cit.

del Derecho. En el caso de que se tratara, ello significó que, a la hora de interpretar los preceptos del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil), los tribunales civiles habrían de tener en cuenta que el comportamiento de *Lith* entraba dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión. La irradiación a terceros (*Drittwirkung*) era así, en principio, reconocida. Los derechos fundamentales se liberaban de la, hasta entonces, orientación unilateral a la intervención estatal y cobraban validez universal.

La significación de tal sentencia se aprecia al considerar que, hasta ese momento, la influencia de los derechos fundamentales acababa en el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes; por más que la interpretación y aplicación de una ley tuviera como efecto la intervención en un derecho fundamental, quedaba fuera del alcance del derecho fundamental. El *Lith-Urteil* ha dado lugar, por el contrario, a que los derechos fundamentales incidan como parámetro valorativo en la aplicación del Derecho. De esa forma, el Tribunal Constitucional ha extendido la sensibilidad para los derechos fundamentales hasta donde la libertad y la igualdad se plantan en concreto al individuo.

Tales progresos no tienen lugar, reconoce Grimm, sin inconvenientes. Con ello se ha hecho borrosa la frontera entre la ley y el Derecho constitucional y, en consecuencia, la distancia que separa al *Bundesverfassungsgericht* de los tribunales ordinarios. Han aumentado las zonas de incertidumbre. Ahora bien, sólo al precio de reducir el alcance de los derechos fundamentales cabría eliminar tales inseguridades.

Pero los efectos del *Lith-Urteil* van más lejos. Una vez que los derechos fundamentales son no solamente derechos subjetivos de defensa frente al Estado sino también principios objetivos a los que ha de ajustarse el Ordenamiento jurídico, tienen para el Estado asimismo consecuencias impulsoras a su acción: fundan obligaciones estatales de protección dondequiera la libertad jurídico-fundamentalmente garantizada se ve amenazada por terceros o no sea ejercible sin asistencia estatal.

De ese modo, ve Grimm desplazado el acento de la protección del derecho fundamental. Si, originariamente, se trataba más bien de limitar al Estado soberano en interés de la libertad, hoy día, los derechos impulsan al Estado a actuar en interés del establecimiento o la preservación de igual libertad, de que compense expectativas privadas jurídico-fundamentalmente protegidas, impida la imposición unilateral de determinadas pretensiones de libertad a costa de los derechos de otros y organice el ejercicio en libertad de ámbitos jurídico-fundamentalmente protegidos.

A juicio de Grimm, la dogmática y la jurisprudencia de los derechos fundamentales viene así a hacer justicia a cambios que hacía tiempo habían tenido lugar en la acción del Estado. De ser el Estado una instancia que preservaba un orden justo preexistente o que lo restablecía después de determinadas perturbaciones, se ha convertido al paso del tiempo en una agencia planificadora, de desarrollo y de servicios para la sociedad, que trata de contrarrestar la insensibilidad del sector privado para los costes externos que el mismo genera o la orientación de los partidos políticos al corto plazo.

En tal situación, corresponde cada vez más a los derechos fundamentales el papel de correctores de la estrechez de miras y del corto plazo de la política, según Grimm. Allí donde la política tiende a ser secuestrada por el beneficio electoral inmediato, los derechos fundamentales recuerdan los fines constitucionales y las obligaciones a largo plazo que están por encima de los intereses partidarios. Donde quiera cede la política a las presiones de poderosos intereses o privilegia a sus clientelas, los derechos fundamentales recuerdan el mandato de igualdad. Siemprequiera que, en cada vez menores secuencias de tiempo, la política cambia las leyes con vocación de dirigir tendencias sociales de evolución, se ve remitida a los derechos fundamentales, a fin de que honre la confianza que los afectados tienen en la regulación legal que los ha llevado a su actual condición. Quienes hacen a los derechos fundamentales responsables de las tendencias sociales de desintegración y por tal razón quieren recordarlos, yerran, para Grimm, el blanco. Son precisamente los derechos fundamentales los que, dentro de los egoísmos del sistema, generan todavía cierta unidad y ponen riendas a la racionalidad económico-tecnológica dominante.

Las sentencias

— sobre libertad de expresión y libertad religiosa (*Sollaten sind*

*Mörder [Tuchpolsky] y Krutzifix-Urteil*)<sup>6</sup>;

— protección estatal de los derechos de la personalidad (*Schutz der Persönlichkeit; Das Recht auf Gegenüberstellung auf der Titelseite; Das Persönlichkeitsrecht des als Scientologen verdächtigen Künstlers Helmuwehn*);

6. Ponente de la sentencia sobre el Crucifijo fue en la Sala 1.<sup>a</sup> el juez Johann Friedrich Henschel. Lo que sucede es que, por un lado, las sentencias acaban condenando el debate interno y el parecer común de los jueces que integran una determinada Sala. Por otro, la capacidad dogmática y el prestigio de que goza Dieter Grimm hicieron que la imagen pública del *Krutzifix-Urteil* fuera en Alemania vinculada a su nombre. Las sucesivas referencias que se hacen en el Prólogo a la autoría del *Krutzifix-Urteil* deben leerse, pues, con esta salvedad.

—cuatro *Rundfunkentscheidungen* sobre los anuncios comerciales en la radio—televisión de Hesse, sobre informativos de ARD y ZDF en materia deportiva y sobre la *garantía de existencia y desarrollo de la radio y la televisión públicas*;

— en fin, el fallo sobre las facultades de espionaje del *Bundesnachrichtendienstes* (BND),

que han hecho de Grimm un paladín, no menos odiado por los poderes privados que invocado por los débiles y los sectores progresistas, son solamente consecuencia de su *teoría de la Constitución y teoría del Estado* a partir de los derechos fundamentales.

## 1.2. El defensor en vela de la Constitución

De la elaboración de una teoría del Estado y de la Constitución, Grimm desplaza su mirada a la realidad cotidiana de la Ley Fundamental. La *Grundgesetz* no solamente ha instituido el Estado y lo ha hecho capaz de acción; marca, además, el compás de los actores políticos. De ese modo, la Constitución de Bonn fue, por primera vez en la historia alemana, vivida como una fuerza que imponía a la política límites jurídicos y la vinculaba a principios comparados. A largo plazo, el hecho de que la política hubiera de discuirir en el marco de un Ordenamiento jurídico que le venía impuesto y que podía ser llevado a la práctica contra la voluntad del poder público, ha contribuido considerablemente a la legitimación del sistema político y, por ende, a la estabilidad de la República Federal. La identificación con la Ley Fundamental ha ido tan lejos que, a la postre, se ha podido fundir el patriotismo popular con la Constitución. Derecha e izquierda estaban de acuerdo, al margen de sus diferencias, en el *patriotismo constitucional*.

Grimm observó, sin embargo, cómo está cambiando la situación tan extraordinariamente favorable que ha acompañado a la vigencia de la Constitución desde 1949. De un lado, desde la *unificación*, la Ley Fundamental no es, como hasta 1989, tan necesaria como referencia de la identidad colectiva; el patriotismo tiene otras anclas, además de la Constitución. Para los alemanes orientales, se ha perdido, en 1990, la ocasión de acercarlos a la Ley Fundamental, abriéndoles la posibilidad de concurrir a su reforma.

Por otra parte, se está produciendo un cambio de paradigma de *la libertad a la seguridad*. Los cambios apuntados, ligados a la Constitución, se cruzan con tendencias fundadas en parte en cambios políticos mundiales pero que obedecen también a causas más antiguas. Entre las primeras se cuenta, sobre todo, el desvanecimiento del an-

tagonismo Este-Oeste, de cuya fuerza estabilizadora sólo tras de su desaparición nos hacemos cargo. Pero no es sólo la pérdida del empuje exterior lo que dificulta la integración. Más bien, las gentes, sintiéndose inseguras, relacionan la creciente delincuencia y el aumento del paro con la apertura de las fronteras. Este sentimiento se ve adicionalmente fomentado por una *mundialización* que agudiza la problemática de las economías nacionales, en la medida en que, al coincidir cada vez menos el radio de acción de la política y la economía, reduce las posibilidades políticas nacionales de reaccionar. En fin, tales tendencias se ven reforzadas por la debilitación de instituciones integradoras como la familia, la escuela y la Iglesia, expresándose en forma de crisis de sentido y de dificultades de orientación.

En Alemania, según Grimm, se pretende ver en la excesiva libertad individual la causa. Tales planteamientos fomentan una opinión pública favorable a que los poderes públicos hagan frente a las necesidades de seguridad limitando las libertades. Se han dado pasos en tal dirección, y con la reciente *reforma de la inviolabilidad de domicilio* acabamos de alcanzar el nivel constitucional. Al socaire de tales transformaciones, parece estar cobrando cuerpo en la República Federal un cambio de paradigma que no puede por menos que afectar a una Constitución fundada en la libertad.

Con la *prevención*, el Estado reacciona a la creciente demanda de seguridad de la población. Los riesgos para los derechos de las personas de aquella no deben inducir a pensar que haya que prohibir la acción preventiva del Estado. Una tal interdicción daría lugar a lagunas jurídico-fundamentales de protección. Sí, en cambio, piensa Grimm, habría que cobrar conciencia de que no es posible optimizar libertad y seguridad por igual. Que la libertad esté en el origen de muchos riesgos en los que la seguridad está en juego explica que, ordinariamente, se satisfaga las necesidades de seguridad mediante limitaciones de la libertad. La *Grundgesetz* no excluye el recurso a tales limitaciones para fines legítimos de *bien común*. Obligaciones estatales de protección pueden, en su caso, exigir, en interés de la garantía de otras libertades o de la libertad de los semejantes, la limitación de determinadas libertades. Ahora bien, siempre que logremos una adecuada ponderación. Grimm advierte: una *prevención* que como instrumento de satisfacción de tareas estatales se impusiera sin riendas, amenazaría justo la libertad que tratara de proteger. Tal estrategia no encontraría apoyo en la *Grundgesetz*.

El hecho es que tal política de *prevención* está ya afectando a los derechos fundamentales. En el balance de Grimm, los derechos fundamentales deben su actual potencia, sobre todo, a una *interpretación*

*ción constitucional de valor* consciente de la realidad. De ese modo, han sido, sin reformas constitucionales, capaces los derechos fundamentales de adaptarse a las cambiadas condiciones de realización de la libertad. Pues bien, desde la *unificación* (1989-1990), la tabla de derechos ha sido materia frecuente de reformas constitucionales. Y al respecto hemos tenido de todo: extensiones como en el caso de la reforma del artículo 3.2 y 3 GG; pero, también, limitaciones, como en el caso de los artículos 13 y 16 GG (5). En las reformas de estos últimos se anuncia una tendencia que, de continuar, señala Grimm, bien pudiera acabar a plazo con la preservación de los derechos tal como nos ha sido legada: el artículo 13 GG tiene ahora una extensión textual cuatro veces la del precepto originario, el nuevo artículo sobre el derecho de asilo (art. 16 GG), cuarenta veces.

Tales reformas constitucionales afectan, asimismo, a la relación entre la Constitución y la ley. Siendo así que la Constitución vive de su diferencia con la ley, el legislador no se ha contentado, en la reforma de los artículos 13 y 16 GG, con introducir o ampliar una reserva de ley, sino que ha anticipado en el plano constitucional las leyes limitadoras o de desarrollo; cuando, dado que la Constitución contiene los principios jurídicos para las decisiones políticas, no procede yuxtaponer en la misma norma los últimos con aquéllos.

El daño no acaba ahí, sino que Grimm ve en candelo la propia capacidad de innovación del sistema político. Por un lado, porque cuando se abdicaba de la diferenciación entre Constitución y ley, se estrecha en la misma medida los márgenes de acción de la política. Lo que está escrito en la Constitución no está abierto a una decisión por mayoría. Hasta donde alcance la Constitución, el turno partidario carece de efectos. Ahora bien, de continuar Alemania con el camino emprendido en las reformas de los artículos 13 y 16 GG, pronto no habrá cambio de Gobierno sin subsiguiente reforma constitucional. Los políticos responsables de unas normas infladas de derechos fundamentales lo han justificado con el argumento de que trataban de contener así las limitaciones a la libertad. El caso es que hasta ahora la libertad nunca sufrió por formulaciones lapidarias de los derechos. Lo que en realidad ha sucedido es que, a fin de dejar abierto a los antagonistas el menor margen político, los partidos han querido trasponer a la Constitución tanto cuanto es posible del propio ideario. De ahí que haya que temer que tales reformas hagan escuela y suframos a continuación reformas de semejanza índole. A la postre, no nos contraríamos solamente con que habíamos liquidado la función de los derechos fundamentales; es que, además, el sistema político habría perdido su capacidad de innovación, concluye Grimm.

La capacidad de innovación del sistema político la ve Grimm asimismo amenazada por el recurso a la negociación como instrumento para solucionar problemas y adoptar decisiones políticas: de un lado, en esa suerte de tejido enrevesado en que se ha convertido la relación entre la federación y los *Länder*; de otro, en el fenómeno de un Estado que pacta continuamente con el sector privado, al margen de las disposiciones constitucionales.

En cuanto a eficiencia, aceptación y democracia, los costes del *nuevo federalismo* son altos. Los compromisos bien tienen lugar sobre mínimos, bien están llenos de contradicciones. Y a la inversa: la reforma de un acuerdo negociado, aunque no se acredite como benéfico, resulta por demás difícil. Desde la perspectiva del principio democrático, lo que salta a primer plano es la opacidad de unas decisiones que tienen lugar a puerta cerrada. Sea para la articulación de intereses de quienes han quedado fuera, sea para el ejercicio de la crítica, no hay puntos de apoyo. El Parlamento se encuentra ante los hechos consumados y reducido a una función de mero ratificador de los tratados negociados fuera. Se esfuman, así, los valores transmitidos por los trámites legislativos y el consiguiente debate parlamentario. En fin, el acto democrático fundamental de las elecciones se ve devaluado: hacia los años venideros, las elecciones no deciden quiénes y con qué programa se hacen cargo del Gobierno, sino que barajan únicamente las cartas para futuras rondas de negociación, según Grimm.

En tiempos relativamente sosegados, este sistema tiene sus ventajas. El resultado al que se llega después de las negociaciones cuenta con un amplio consenso. Ahora bien, en fases de cambio social acelerado y de grandes retos, habida cuenta de la alta necesidad de innovación, predominan los inconvenientes. En la actual acumulación de grandes problemas, el federalismo negociador y pactista, que tiene al *Bundesrat* como quicio, se evidencia como un obstáculo a la innovación. El peaje lo paga no uno u otro partido sino la totalidad del sistema político, que, mientras muestra escasa capacidad de acción, ve disminuir su legitimidad.

No se reduce a la relación entre federación y *Länder* el inconveniente de las negociaciones como instrumento para solucionar problemas y para decidir políticamente. La negociación como procedimiento se extiende asimismo a las relaciones entre Estado y sociedad. Ello trae causa, sobre todo, de un aumento de las tareas del Estado, que no se ha correspondido con un consiguiente crecimiento del poder de coacción del Estado. Muchas de las tareas, que tienen que ver con la evolución hacia una agencia pública de planificación, desarrollo y servicios, del Estado garante de un orden social previamente existen-

te considerado justo, no se dejan resolver mediante órdenes y coacción. En parte, ello se debe a que, como medios para el logro de fines, las órdenes y la coerción no sirven. Los resultados de la investigación, una mejora de la coyuntura o cambios de mentalidad no se dejan dictar. Los propios derechos fundamentales vedan, en parte, una continua dirección imperativa de los procesos sociales por el Estado.

Ahora bien, una vez que el Estado renuncia a recurrir a instrumentos de poder en el ejercicio de las tareas públicas, se hace dependiente del espíritu de cooperación y acatamiento de los destinatarios. Éstos pueden negarse a cooperar o aparecen ahora investidos de un derecho de veto. El Estado reacciona con una oferta de negociación. Entretanto, a todos los niveles del Estado y sobre todos los asuntos posibles hay negociaciones. Desde hace tiempo, la Administración pública negocia con los particulares, por ejemplo, en el Derecho tributario o en la justicia penal. En el plano de las decisiones políticas, sobre todo, la negociación pertenece al orden del día —las conversaciones en torno a la energía son el ejemplo más reciente—. Se echa de menos, así, la conciencia de que asistimos a una nueva forma de ejecución de las tareas estatales que, parcialmente, aparece al lado de los tipos constitucionales, pero también, en parte, en sustitución de los mismos.

Lo que se negocia es más bien el contenido de las leyes. No es rara la reducción del trámite parlamentario de aprobación de una ley a la exclusiva función de instrumento de presión del Estado, con el que lograr la disposición de los privados al compromiso. El Estado se compromete entonces a renunciar al ejercicio de su potestad reguladora, a condición de que los privados se muestren dispuestos a la contraprestación requerida. Acuerdos de este tipo tienen ventajas para ambas partes. Los privados cuentan con menores exigencias estatales, digamos, respecto del medio ambiente o de la seguridad de las mercancías; el Estado se ahorra los costes de puesta en práctica de una regulación por ley. Como en el caso de la relación entre federación y *Länder*, se forma aquí una suerte de consorcio (*systema consociativio*). Con todo, las consecuencias son mucho más gravosas.

Los acuerdos entre el Estado y los privados tienen, como las leyes a las que sustituyen, efectos generales. Pero a diferencia de las leyes, no tienen como origen el debate general y la participación universal. El sistema de negociación premia a los intereses que ya son poderosos. Tales intereses fomentan la estructura existente de privilegios.

No dejan las ventajas de la negociación de tener su precio. Lo paga la Constitución. El *Estado pactista* no es el Estado para el que se

hizo la Constitución, y no deja indennas las regulaciones constitucionales. La práctica totalidad de las disposiciones de la Constitución garantadoras del principio democrático y del postulado de Estado de Derecho son soslayadas, dejadas sin efectividad. Dos consecuencias negativas hay que destacar: en primer lugar, en el *Estado pactista* hay agentes co-decisores que quedan fuera de las relaciones de legitimación y responsabilidad a los que la *Grundgesetz* somete a los poderes estatales. Es decir, a pesar de las pretensiones universales de la Ley Fundamental, sólo constituye *parcialmente* la dominación política; al margen de la *Grundgesetz* operan *instancias decisoras para-constitucionales*.

Por otra parte, se ven devaluados los órganos y procedimientos de decisión previstos por la Constitución. Especialmente, el Parlamento y los trámites parlamentarios. Por parte del Estado, las negociaciones las lleva el Gobierno. En caso de que se trate de renunciar a regular jurídicamente determinados procesos, ni siquiera es llamado el Parlamento a pronunciarse. De esa forma, se excluye el concurso a la decisión política en forma de transparencia y participación que corresponde al Parlamento. En el mismo sentido, pierde peso la decisión electoral, ya que la voluntad general que se expresa en las elecciones se estrella contra los intereses privados envueltos en la negociación, que de esa forma influyen doblemente, en general en las elecciones y, especialmente, en las decisiones políticas que afectan a los propios intereses.

Todo ello tiene lugar, según Grimm, no solamente a costa de la democracia, sino asimismo del Estado de Derecho. El Estado de Derecho depende de la ley que determina la previsión y calculabilidad del comportamiento estatal, la vinculación jurídica del ejecutivo estatal y el control judicial de la Administración. Pero en la medida en que acuerdos informales entre el Estado y los agentes privados sustituyen a la ley, desaparecen todas esas conquistas. Víctimas resultan ser, sobre todo, los sectores de la población que, sin haber participado en las negociaciones, se ven afectados por el objeto de los acuerdos.

Ambos sistemas, el de las *relaciones consociacionales* entre la federación y los *Länder* y el que forman los privados con el Estado, están clamando por reformas constitucionales, si la *Grundgesetz* ha de mantener en adelante su vigencia. De ahí que haya que orientar la Constitución al *Estado pactista* y hacer valer las exigencias constitucionales a esta nueva forma de acción y decisión. Lo que está haciendo falta son, a juicio de Grimm, exigencias de procedimiento que funden derechos de participación, obligación de publicidad y posibilidades de control.

Sin que quepa, por otra parte, hacerse ilusiones de que con ello vaya a aminorar la dirección estatal de los procesos. Precisamente, la emergencia de estas *nuevas formas de acción del Estado* se explica por la debilidad, ante las cambiadas tareas, de las formas constitucionales tradicionales de acción y decisión. Una plena jurificación del nuevo instrumental anularía sus ventajas; y dado que la necesidad viene estructuralmente determinada, acabarán por crearse nuevas desviaciones. Incluso si nos redujéramos a una formalización parcial de las negociaciones, hay que contar con que ello dé lugar a nuevas prácticas: El *Estado pactista* abre, pues, boquetes en el orden constitucional que no se dejan cerrar completamente. Por más que pueda dar la impresión de que en Alemania la jurisprudencia y la ejecución de la *Grundgesetz* sustituyen a la política, ésta acaba siendo lo suficientemente imaginativa como para procurarse vías por las que la Constitución difícilmente puede controlarla<sup>7</sup>.

## 2. El personaje

En Alemania, el *idealismo* es una tentación permanente — como Marx reprochaba al propio Hegel y a los hegelianos —. Pero, con un proyecto y una ejecutoria en los que no solamente se ha propuesto tener en cuenta a la realidad sino configurarla incluso, también ahí se salva Grimm. Ello nos obliga ahora a esbozar con unos cuantos rasgos al personaje, para completar la *teoría de la Constitución* y su expediente de *custodia de la misma*.

Condensar las múltiples vidas del personaje Grimm se hace difícil: de todos modos, a estas alturas de su biografía ha escrito una *Staatslehre*, se ha labrado su *lugar* en la *Vereinigung* de profesores de Derecho político y ha ejercido la Magistratura. Toda una metodología subyace a su pensamiento y decisiones; piensa, escribe y habla con una lengua alemana original; en fin, detrás de ello se revela todo un carácter.

La teoría del Estado democrático de Derecho de Konrad Hesse ha encontrado en la jurisprudencia y la publicística de Dieter Grimm su mejor desarrollo. Ello es de tanto mayor valor para la dogmática alemana y para quienes consideramos la misma *punto de partida de todo planteamiento teórico*, cuanto que, como *inspublicista*, Dieter Grimm no es discípulo de Konrad Hesse sino un autodidacta — no

7. Vid. D. Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Sterffällen*, C. H. Beck, München, 2001.

obstante la influencia que hayan podido ejercer sobre él en su juventud los historiadores del Derecho Helmuth Coing y Michael Stolleis. Con su obra y biografía, la teoría del Estado democrático de Derecho se despersonaliza y desinstitutionaliza, se objetiva y deviene dogmática clásica: no por más tiempo ligable sea a paternidad intelectual alguna, sea al *Bundesverfassungsgericht*; está consolidada y vuela con alas propias.

Dentro de la tradición intelectual alemana, Grimm se define a sí mismo como *liberal*. Se ha ganado a pulso el calificativo de portavoz del ala progresista de la mayoritariamente conservadora Asociación de profesores de Derecho político (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtswissenschaftler*). En la *deutsche Staatsrechtslehre*, la mayoría de sus miembros se definirían como *conservadores moderados*, habiendo escrito el monumental manifiesto del *Handbuch des Staatsrechts*<sup>8</sup>; un grupo cuantitativamente menor se identifica como *liberal* en el sentido de la coalición socioliberal que, entre 1969 y 1982, gobernó Alemania. Mayoría y minoría tienden a converger en un amplio centro. No acaba ahí el cromatismo ideológico del gremio, sin embargo: si cada alemán tiene problemas para demarcarlos de los extremos políticos, *la Vereinigung* no iba a ser menos; de ahí la beligerante actitud ante personalidades de izquierdas, literalmente estigmatizadas. Lo que contrasta, por ejemplo, con la generosidad respecto de personalidades de extrema derecha como Theodor Maunz<sup>9</sup> y con el hecho de que sólo muy tardíamente haya estado la *Vereinigung* dispuesta a volver

8. Vid. J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 9 vols., C. F. Müller, Heidelberg, 1990-1999; vid. A. López Pina, «Del idealismo del Estado: *Saber Leer* 36 (1990); vid. H. Schulze-Fielitz, «Grundstrukturversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz — in der Beleuchtung des Handbuch des Staatsrechts: *Die Verwaltung* 32 (1999).

9. Vid. M. Stolleis, «Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte»: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 80 (1997); id., «Durch soviel Türen geschritten. Die Tapetenwechseln, das Recht gilt immer: Vor hundert Jahren wurde Theodor Maunz geboren», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1 de septiembre de 2001; id., «Übertreuz. Anmerkungen zum Kruzifix-Beschluss (BVerfGE 93, 1-37) und seiner Rezeption», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 4 (2000); id., «Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland», en *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994; id., «Elektron des Anstosses. Theodor Maunz und die Abgründe der herrschenden Lehre», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 de diciembre de 1993; id., «Theodor Maunz — Ein Staatsrechtslehrerleben», *Kritische Justiz* 4 (1993); H. P. Ipsen, *Staatsrechtslehrer unter dem Grundgesetz. Tagungen ihrer Vereinigung 1949-1992*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1993; id., «Deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Lehrbücher», *Archiv des öffentlichen Rechts* 106 (1992); V. Neumann, «Rechts- und verfassungstheoretische Positionen der staatsrechtlichen Linken», *Der Staat* 21 (1982).

sobre el comportamiento de juristas alemanes bajo el nazismo. Pues bien, ser *liberal* en ese medio ambiente no ya es que tienda a comportar altos costos profesionales; es que ha solido ser desaconsejado. Y, sin embargo, a la prueba está en que Grimm ha ganado, una tras otra, tales batallas. Tal vez una de sus armas sea un sentido de la medida tan bien vestido argumentalmente, que le ha hecho invulnerable frente a las discriminaciones, los ataques y los intentos de exorcizarle.

Ha sido durante doce años (1987-1999) Juez de la Primera Sala, la llamada Sala de los derechos fundamentales —la Segunda Sala es considerada como *Staatsgerichtshof*, competente para resolver conflictos de competencias—. Accedió al Tribunal con el mandato de desarrollar dentro del *Bundesverfassungsgericht* la línea liberal iniciada por Theodor Rittersbach (1963-1975) y continuada por Konrad Hesse (1975-1987). Su jurisprudencia le granjeó la ofensiva de poderosos enemigos: las televisiones privadas, por haber contribuido a reforzar la radio-televisión pública; la derecha alemana, por la sentencia de su Sala *Soldaten sind Mörder* (Tucholsky) (*Cuando se continan los demonios, éstos acuden y salen a la luz del día realmente*, comentaría Konrad Hesse); la Iglesia alemana, por el *Kruzifix-Beschluss*. La campaña difamadora, que comenzó el 19 de septiembre de 1994, culminaría en la denuncia de Grimm y sus colegas de la Primera Sala como *golpistas de toga* (*Pauschisten in Richterroben*). Los insultos con ocasión de la *sentencia Tucholsky* fueron el pistoletazo de salida de una campaña, que —después de las sentencias sobre *Sitzblockaden* y el *Kruzifix in bayerischen Schulen*— llegó a su extremo en los ataques contra los Magistrados del Tribunal Constitucional. Bien puede la imagen del *Bundesverfassungsgericht* haberse visto pasajeramente cuestionada; pero, por extraordinario que pueda parecer, la reputación de Dieter Grimm quedó intacta.

En *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*<sup>10</sup> Grimm antici- pa su metodología para abordar los problemas políticos y sociales. Caracteriza la relación entre *sociedad civil* y Derecho en el sentido de que, como ninguna otra sociedad, la *sociedad civil* se ha constituido mediante el Derecho; de ahí que se reconozca a la *sociedad civil* en su ordenamiento jurídico. El concepto de *sociedad civil* cobra así un sentido específico: el de sistema social que resuelve sus problemas de dirección mediante el Derecho; su racionalidad y, simultáneamente, su capacidad para hacer frente a sus problemas reside en su formalismo, tecnicidad, abstracción, validez universal y, sobre todo, en su referencia a sí misma —o, lo que es lo mismo, la *sociedad ci-*

vil— sólo se refiere a problemas y sólo puede resolver problemas que se dejen definir como fenómenos jurídicos. Tales planteamientos revelan que, desde muy temprano, Grimm incorporó a la interpretación constitucional consideraciones sociológicas, sin perjuicio de la autonomía de la Ciencia del Derecho; una *jurisprudencia aislada sería incapaz de comprender el caso*, para Grimm.

La visión de Dieter Grimm de la Magistratura constitucional trae a duce la idea que tiene de sí mismo y de su actividad. La Magistratura constitucional se aproxima al sueño ilustrado: razonamiento profesional entre personalidades dotadas de excelencia de espíritu, con *orientación a los resultados en la realidad social*, y garantía de efectividad de su decisión en todos los ámbitos de existencia. La experiencia de Karlsruhe aparece en Grimm, como una suerte de *círculo Humboldtiano-Mendelssohniano*, bajo la misión de decidir *casos en conflicto*.

La pericia constitucional va en Grimm acompañada de un dominio extraordinario de la lengua alemana en la excelencia de un Carl Schmitt, un Rudolf Smend o un Paul Kirchhof; la claridad y potencia analítica y conceptual se muestran en cada pasaje o intervención oral. Las ideas, escritas o pronunciadas, salen talladas de su mente: prosa sobria, sin adjetivos, hipérboles, licencias o concesiones más allá del análisis; por momentos, Grimm puede ser lapidario. Pero, eso sí, con una extraordinaria capacidad razonadora, argumentativa y persuasiva; hasta el extremo de que su opinión tiene siempre la fuerza de un dictamen, irradiando autoridad.

En mis lecturas de su obra y en nuestras frecuentes conversaciones en Berlín, Karlsruhe o Madrid, nunca encontré en Dieter Grimm arista alguna que no fuera bien la defensa de los derechos fundamentales, bien una, para pesar de sus antagonistas, invulnerable confianza en sí mismo.

Todo ello lo revisite de naturalidad, gentileza, garbo y espíritu conciliador. Pero que nadie se llame a engaño: ello no empuja a que combata hasta el fin por su idea del Derecho. Y con tal seguridad en sí mismo, que cuando desafiado —en momentos en que estuvo en el ojo del huracán hasta el extremo de recibir amenazas de muerte, por ejemplo—, su postura puede cobrar rasgos de auténtico templo. ¿Ha dudado alguna vez?

Para quienes no somos alemanes, llama la atención la fuerza que en Alemania tiene el Derecho —por ello mismo, el país más próximo al sueño de Kant—. Ello no sería así si al desplegar la propia *razón práctica* con el aura de *sacerdotes del Derecho*, Dieter Grimm y sus coetáneos Konrad Hesse, Paul Kirchhof, Roman Herzog, Jurta Lim-

10. Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1987.

bach, Christian Tomuschat, Peter Häberle, Michael Stolleis, Hasso Hofmann, Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann, Ernst-Wolfgang Böckenförde... no moldearan diariamente *ex novo* el Estado democrático. Todos ellos han ido dejando atrás jalones de su vida, cultivados con el esmero del orfebre. En el caso de Grimm, su proyección pública le ha llevado a ir escalando peldaños en la conciencia social hasta constituir junto a ellos, Jürgen Habermas, en la filosofía, y Günter Grass, en la literatura, una suerte de *Camara procer de la nación alemana*.

Ahora bien, dado que la Historia se resiste a detenerse, la nueva etapa abierta por Dieter Grimm con el rectorado del *Wissenschaftskolleg* de Berlín (2000) impone al observador la pregunta de si no empujará a éste, de ser un mero oasis para la reflexión erudita e interdisciplinaria y pluricultural, a convertirse en una institución con vocación transformadora de la sociedad (Karl Marx, *Tesis XI sobre Feuerbach*).

### 3. Desenlace para juristas hispano-lectores

El *Estado pactista* no existe solamente en Alemania; se trata de un fenómeno general que tiene en España, desde los primeros tiempos de la democracia, más que consolidadas expresiones, en su doble versión tanto de las relaciones entre el Estado y los privados como del *Estado compuesto de Autonomías*. Pero, de un lado, ya queríamos nosotros que el empresariado español se asemejara al que Albert caracterizó como *capitalismo renano*<sup>11</sup>; de otro, ya que todos nuestros males se redujeran al deformado y disfuncional *entwenero* (*Verflechtung*) en que según Grimm ha venido a acabar el federalismo alemán: la espiral reivindicativa de las burguesías de Barcelona y del País Vasco no sólo ha impedido la constitución de España como Estado federal y el enraizamiento de un *patriotismo constitucional*<sup>12</sup>, sino que hace ordinariamente saltar la mejor disposición de cooperación, solidaridad y lealtad y, peor aún, atenta diariamente contra los derechos fundamentales no sólo en el País Vasco y Cataluña sino simultáneamente en el resto del país.

Por lo que a la teoría de la Constitución y la defensa *en acto* cotidiana de la misma de Grimm se refiere, viene a reforzar la lucha

11. Vid. M. Albert, *Capitalisme contre capitalisme*, Seuil, Paris, 1991.

12. Vid. A. López Pina, «El principio federal en la Unión Europea», en *Libro Homenaje a José Jiménez Blanco*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2002.

por la *igual libertad para todos* de quienes hacemos de la *promoción por los poderes públicos de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo [...] sean reales y efectivas [...] y de la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud* (art. 9.2 CE) *leit-motiv* de nuestra acción personal. Ciertamente, nosotros hablamos de interés público<sup>13</sup>, de garantías institucionales y normas enunciativas de tareas del Estado<sup>14</sup> y de una idea de la libertad socialmente determinada como contrapuesta a la mera *libertad para competir*<sup>15</sup>. Pero el Dieter Grimm polemista contra Bernhard Schlink<sup>16</sup> y Magistrado, que invoca la vertiente objetiva de los derechos y el mandato constitucional al Estado de procura de su garantía, no piensa sino lo que nosotros, vestido, eso sí, en el lenguaje dogmático alemán.

A una plena identificación con la teoría y práctica grimmiana de la Constitución únicamente tendría un par de reservas: de un lado, a su *decisionismo*; de otro, a su resistencia a abandonar su *idea del Estado* (*Staatsverständnis*) como *pre-comprensión* (*Vorverständnis*). Durante los doce años de su mandato, Dieter Grimm nunca ha sido meramente *la bouche qui prononce les paroles* (de la Constitución) *de la loi*. Sin complejo respecto *vel activism* judicial, conscientemente ha querido, desde el *Bundesverfassungskonvent*, configurar la sociedad alemana al servicio de la libertad de los ciudadanos. Ciertamente, la creación de Derecho mediante la jurisprudencia, más allá del día de ciertos tribunales constitucionales y, por supuesto, del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. El problema que se plantea, más bien, es el de sus condicionamientos y sus límites, un tema que en España nuestros Jueces han contribuido a que no sea pacífico ni inocente. No habría que descartar, y tampoco se trata por nuestra parte de revelar un deseo arcano, que, libre ahora de su mandato como Magistrado, Grimm nos ilustrara sobre el particular. Por tantas razones, ello sería para los españoles un *broche de cierre* de lo que hoy supone la magistral *El porvenir de la Constitución*.

13. Vid. A. López Pina, «Mercado e interés público en España. A vueltas con la sociedad civil», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1986.

14. Vid. A. López Pina, «Comentario introductorio al Capítulo III del Título I. De los Principios rectores de la Política social y económica», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. IV, Cortes Generales/EBERSA, Madrid, 1997.

15. Vid. A. López Pina, «Hacia la determinación constitucional del Derecho europeo», en *Libro-Homenaje a don Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2004.

16. Vid. polémica con Bernhard Schlink, D. Grimm, *infra*, «Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?», pp. 155-173.

Por otra parte, el aferramiento de Grimm a su *Staatsverständnis* le obstaculiza plantearse la configuración jurídica de Europa como Unión federal, como hace tiempo le reprochara Jürgen Habermas<sup>17</sup>. Pero ésa es otra historia sobre la que volver en mejor ocasión. Las diferencias de parecer son naturales entre nosotros juristas. De todos modos, tales reservas difícilmente afectarán a la talla del *beligierante Jurista (streitbarer Jurist)*<sup>18</sup> Grimm, a quien la lengua española quiere rendir hoy el debido homenaje.

Peña Santa, 14, en Madrid, febrero de 2003

## 1

## CONSTITUCIÓN\*

## 1. CONCEPTO

El término *constitución*\*\* (*Verfassung* en alemán, aunque se utiliza igualmente el equivalente de origen foráneo *Konstitution*) fue inicialmente un concepto empírico, que pasó del ámbito de la descripción de la naturaleza al del lenguaje jurídico-político para designar la situación de un país, la forma en que éste se ha configurado mediante las características de su territorio y sus habitantes, su evolución histórica y las relaciones de poder en él existentes, sus normas jurídicas e instituciones políticas. Sin embargo, con el esfuerzo por limitar el poder del Estado en aras de la libertad de los súbditos, que penetró desde mediados del siglo XVIII en la doctrina del derecho natural, se estrechó progresivamente el concepto de *constitución*, eliminándose gradualmente los elementos no normativos hasta que la *constitución* apareció únicamente como la situación determinada por el derecho público. Sólo con las revoluciones\*\*\* de finales del siglo XVIII en

\* Desearnos agradecer a Anna Maria Hollain y a Inigo Ortiz de Urbina la valiosa colaboración que han prestado en la traducción de los términos más dicultosos.

\*\* Puesto que la denominación habitual de la *constitución* es *Verfassung*, se ha traducido siempre *constitución*, sin más, cuando aparecía este término; sólo en los casos de formulaciones históricas más o menos peculiares que incluyen la palabra *Verfassung* se ha añadido el término alemán entre paréntesis. Cuando se utilizaba otro (*Konstitution*, *Constitution*), se ha adoptado el criterio de incluirlo a continuación de la traducción, tanto si aparece como sustantivo como si lo hace como adjetivo.

\*\*\* La palabra *revolución* aparece siempre con minúscula, salvo cuando el autor se refiere explícita o implícitamente a la Revolución francesa.

17. Vid. Habermas contra Grimm, en *Dubans* (Valencia), n.º 55.

18. Vid. *Kritische Justiz* (ed.), *Streitbarer Juristen. Eine andere Tradition*, Nomos, Baden-Baden, 1988.

Norteamérica y Francia, que abolieron por la fuerza la soberanía hereditaria y erigieron una nueva sobre la base de la planificación racional y la determinación escrita del derecho, se consumó la transición desde un concepto de ser a uno de deber ser. Desde entonces la constitución suele identificarse con el conjunto de normas que regula de modo fundamental la organización y el ejercicio del poder estatal, así como las relaciones entre el Estado y la sociedad. Es el derecho producto del soberano, que vincula a los órganos del Estado y, en tanto que tal, jerárquicamente preeminente, la mayoría de las veces recogido en un documento y modificable con dificultad. Las nuevas constituciones se diferencian de los proyectos iusnaturalistas de legitimación del poder por su validez jurídico-positiva y de los antiguos vínculos jurídicos sobre los actos estatales en forma de contratos de dominación, *leges fundamentales*, etc., por su carácter constitutivo (no meramente modificativo) del poder, universal (no particular) y pleno. Este sentido normativo del concepto de constitución ha preva- lecido hasta hoy, si bien el antiguo concepto empírico en modo alguno ha quedado obsoleto y suele regresar en forma de factor interpretativo cuando la constitución jurídica no se impone en la realidad social y produce efectos distintos de los esperados.

## II. NACIMIENTO Y PROPAGACIÓN

Cualquier comunidad posee una constitución en sentido empírico. La constitución en sentido normativo es un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII que, tras derribar el poder estatal monárquico, tradicional y autolegitimado, se hallaban ante la tarea de erigir un poder nuevo y legítimo. Con todo, más factores apuntaban en la dirección de la constitución: en la filosofía social de la época, una vez desvanecido el modelo religioso de legitimación como consecuencia del cisma, únicamente era válido como poder legítimo el basado en el consentimiento de los súbditos. Este criterio, concebido como idea regulativa, alcanzó auténtico valor conminatorio en la lucha contra el poder tradicional. Su importancia para la constitución estriba en que un poder en virtud de mandato, llamado a situarse en el lugar del poder de derecho originario o divino, no es concebible sin una regla que lo establezca y lo transmita; requiere, por tanto, un acto constituyente, que no sea idéntico a la constitución misma. Pues también es concebible un poder absoluto proveniente que sea producto de un derecho atribuido, y tal poder no necesitaría mayor sujeción jurídico-constitucional ni sería suscep-

ble de ella. Con todo, la constitución formal se impuso porque, de acuerdo con las convicciones de los apoyos sociales de la revolución, el bienestar social y la justicia dependían de una limitación del Estado en defensa de la libertad individual. De este modo, se conservó el poder estatal concentrado y provisto del monopolio de la violencia que, durante la modernidad, había desplazado al reparto poliéntico (material y funcionalmente dividido entre los diferentes titulares locales autónomos) característico de la distribución medieval del poder, haciendo posible por primera vez la intervención reguladora de una constitución. De eso se trataba precisamente: de reorganizar dichos poderes de tal manera que cumplieran con eficacia su función de garantía, pero sin que pudieran desplegar ninguna ambición propia de gobierno. Se facilitaba así la tarea de que dicha función encontrase precisamente en el derecho su solución adecuada: los derechos fundamentales limitaban el poder del Estado a la protección y el equilibrio de la libertad individual y la división de poderes prevenía el peligro de abusos.

La constitución como nueva manera de fundamentar y limitar el poder ejerció en seguida una considerable influencia fuera de sus países de origen. El Estado constitucional fue, durante mucho tiempo, la cuestión más importante de la política interna en la mayoría de los estados europeos. Sus partidarios veían reunidos en él, en una unidad inseparable, la forma documental y normativa, la función fundadora y limitadora del poder y el contenido relativo a derechos fundamentales, así como a la división de poderes. No obstante, la difusión de la constitución se vio favorecida por el hecho de que, como forma de regulación del poder, no quedase determinada ni por el contenido ni por la función de sus prototipos, lo cual hizo posible su recepción incluso en condiciones hostiles. Naturalmente, cuanto más lejos se hallaba un país de las circunstancias en las que había surgido el Estado constitucional, más se restringía el contenido de la constitución en lo referido a la legitimación y limitación del poder. Con la creación de la constitución apareció también la posibilidad del semiconstitucionalismo o constitucionalismo aparente: éste, sin una revolución previa, carecía, en primer lugar, del efecto fundador del poder. Muchas constituciones del siglo XIX se limitaban a modificar el poder, aunque todavía se diferenciaban de los viejos vínculos jurídicos del poder político por su validez universal y su pretensión de regulación exhaustiva. Lo que más contribuyó a la implantación universal de la constitución durante el siglo XX fue la profunda modificación del sistema de estados a raíz de la revolución, la guerra y la descolonización. En tales circunstancias, allí donde faltara un sujeto previo

del poder al que atribuir legitimidad, la necesidad de establecer y organizar el poder estatal impulsaba un acto constituyente expresado, casi sin excepción, en leyes constitucionales. Esto no significa necesariamente que se les atribuyera el mismo sentido normativo que a las constituciones mercedoras de tal nombre en su sentido originario. En consecuencia, la extensión universal de la constitución, de la que tan sólo unos pocos estados han permanecido al margen, no puede equipararse a su efectividad universal.

### III. FUNCIÓN Y SINGULARIDAD

El precario estado de la constitución deriva de que tiene por objeto el poder supremo mismo. Su finalidad declarada es la juridificación del ejercicio del poder político; para ello recurre a las antiguas ideas de orden que la modernidad había superado, adaptándolas a las nuevas circunstancias. Originariamente, el poder político se concebía tan sólo como administración de un orden de origen divino que le había sido otorgado y era independiente de la voluntad de aquél. Como consecuencia del cisma religioso, que privó a ese orden de fundamento, y de las guerras civiles confesionales que desencadenó y que fue imposible superar en el marco del orden tradicional, así como de la acelerada transformación social, que merió la adecuación del derecho tradicional a estos problemas, el poder político se emancipó del orden divino, alzándose a sí mismo a la categoría de fuente de un nuevo orden terrenal. Por consiguiente, la competencia del poder ya no quedaba limitada a hacer cumplir el derecho, sino que abarcaba también su establecimiento. De este modo, el derecho dejó de ser criterio de validez eterna para convertirse en un producto contingente de la voluntad política. Por medio de la constitución se lograba compatibilizar la sujeción jurídica del poder con la positividad irreversible del derecho, a la vez que el establecimiento y la imposición de éste se vinculaban al derecho positivo. Naturalmente, esto produjo un desdoblamiento del poder público en *potuit constituit* y *potuit constituit* y, en consecuencia, un desdoblamiento del derecho positivo en un conjunto de normas básicas para la producción de decisiones políticas, dirigidas a los súbditos; las primeras debían estar necesariamente por encima de las últimas. Conceptualmente la primacía pertenece al concepto de constitución, incluso cuando esta característica no le ha sido reconocida de modo inmediato y generalizado. De este modo, el ejercicio del poder debía ser puesto a salvo de la discre-

cionalidad de su titular y sometido a reglas objetivas e independientes de su voluntad que, naturalmente, ya no eran inmutables: *a government of laws and not of men*.

En consonancia con su función, la constitución es, antes que nada, un conjunto de normas jurídicas. Esta cualidad no implica que represente la realidad social, sino que crea en ella expectativas cuyo cumplimiento no se da por descontado; precisamente por ello necesita apoyo jurídico. De este modo, la constitución se sitúa a distancia de la realidad, lo que le otorga la capacidad para servir de regla de comportamiento y de juicio a la política. Por tanto no puede, sin menoscabo de su función, disolverse en una única decisión ni en un proceso continuo, sino que, como norma que es, se independiza de la decisión a la cual debe su validez y hace las veces de estructura para el proceso que la presupone. El derecho constitucional se distingue de las normas jurídicas de rango inferior fundamentalmente por su objeto: se ocupa de la constitución y regulación del poder supremo. Por ello, no se agota en absoluto en el derecho público ni en la organización del Estado; habitualmente, sus normas no son sólo de naturaleza formal, sino también material. Es justo en este punto donde la constitución desborda al derecho público: puesto que el Estado desempeña sus cometidos en relación con la sociedad, los principios estructurales, los objetivos perseguidos y los límites impuestos a su actividad constituyen, a la vez, los principios fundamentales del orden social. Gieramente, en tanto que principios necesitan mayor precisión y concreción que el derecho legal ordinario. Además, el derecho constitucional resulta, por razón de su origen, más conciso y solemne, más necesitado de compromisos que aquél. Pero ante todo, en tanto que regla de conducta para el poder supremo, carece de una instancia de imposición situada por encima de él; es más, el destinatario de la regulación y el garante de la misma coinciden. Este problema específico de la imposición del derecho constitucional es, por principio, irresoluble y sólo puede ser atemperado, jamás superado, por el Tribunal Constitucional. De ahí que el derecho constitucional deba portar en sí mismo las condiciones de su realización en un grado esencialmente más alto que el derecho dirigido a los individuos o a las instancias subordinadas del aparato estatal.

### IV. CONDICIONES Y LÍMITES

La condición más importante de la validez efectiva de una constitución es su base consensual. Sin la disposición general de los actores

políticos a cumplir la constitución incluso cuando ésta perjudica sus propósitos particulares, sin un respaldo de la población que haga políticamente arriesgada su infracción, se desarrolla una constitución carente de poder efectivo o proclive a perderlo en situaciones de crisis. Por otra parte, la constitución puede establecer para cada sociedad un consenso necesariamente estable sobre su naturaleza y su forma: a todas las sociedades se les presenta el problema capital de mediar entre la pluralidad dada de las convicciones e intereses sociales y la tarea de mantener la unidad estatal. Por ello, para que no prevalezcan el conflicto permanente y la desintegración ha de llegarse a un acuerdo sobre el procedimiento y el fin de la construcción del sistema. Ese consenso no puede equipararse a la constitución, a la cual es previo y de cuya forma no depende; no obstante, la constitución da forma al consenso. Su importancia se halla precisamente en que lo desvincula de la situación originaria y de las personas implícadas en él y le otorga obligatoriedad, estabilidad y certeza. De este modo, se reduce el posible desacuerdo en torno al consenso y se descarga al proceso político de una permanente discusión sobre el procedimiento y objetivo de la formación del sistema. Así pues, lo que figura en la constitución no es ya el objeto, sino las premisas de las decisiones políticas; es en este punto donde se halla el otro servicio irremplazable de la constitución normativa. Ciertamente, el resultado depende de la medida en que las diferentes posiciones sean incluidas en el consenso: los sistemas políticos que reconocen la legitimidad de la pluralidad de opiniones e intereses y, por tanto, pueden limitarse a la formulación de un consenso básico, parecen más aptos para tener éxito que aquellos que pretenden legitimarse sobre la verdad y por ello buscan un consenso total. Al poner en peligro el efecto legitimador, pacificador y estabilizador de la constitución, estos últimos se ven obligados a compensar el exiguo compromiso por medio de un elevado grado de coacción.

Todas las funciones explícitas de la constitución, tanto las de legitimación y limitación como las de ordenación y resolución de conflictos, descansan en el consenso. Sin embargo, de la dependencia de éste se derivan asimismo los límites más importantes de la jurisdicción del poder político. La jurisdicción total de la política no es posible por varios motivos. En primer lugar, el logro del consenso establece límites a la jurisdicción constitucional: la constitución plantea a los adversarios políticos, a modo de reserva, mayores exigencias de consenso que el derecho ordinario, por lo cual es frecuente que las lagunas y los compromisos formales sean las condiciones de su realización. Además, la constitución puede fijar objetos y metas, com-

petencias y métodos para las decisiones colectivas vinculantes; no obstante, la normativización con carácter previo del *input* en los procesos de decisión se encuentra fuera de su alcance. Los límites de la jurisdicción se derivan, asimismo, de la dimensión temporal sobre la cual la constitución ha de extender el consenso. El consenso social al cual dota de obligatoriedad es siempre histórico; su importancia para el presente depende de que continúe siendo aceptable para las generaciones posteriores. Esto presupone un carácter relativamente abierto de aquél, pues cuanto más compacto es el consenso más fuertemente se adhiere a las condiciones de su época originaria, lo cual dificulta la persistencia de su validez bajo otras circunstancias. Finalmente y por principio: el derecho positivo, como producto de la política, es rebasado por ella. Su condición de derecho legal lo hace mutable y necesitado de modificación y la política tiene la tarea de ajustarlo a las situaciones y necesidades cambiantes. Toda constitución ha de abrir márgenes de creación, necesarios a estos efectos; por el contrario, una constitución concebida como carente de lagunas convertiría la política en mera ejecución constitucional, con lo cual, en último término, aquélla se resolvería en administración. Por esta razón, desde un principio la constitución sólo puede proporcionar un marco que posibilite las decisiones políticas, no que las haga incesarias. Las constituciones que llevan demasiado lejos la jurisdicción de la política ponen ellas mismas las bases de su elusión y menoscabo: el perfeccionismo constitucional convierte a la constitución en irrelevante.

#### V. DERECHO CONSTITUCIONAL Y REALIDAD CONSTITUCIONAL

Quando se acepta que la constitución no puede proporcionar más que las normas básicas del proceso político, se desactiva el problema de la diferencia entre derecho constitucional y realidad constitucional. La existencia de esta última sólo puede suscitar disgusto cuando se entiende la constitución como una herramienta para la jurisdicción total de la política; por el contrario, si se la considera sólo como marco y medida orientadora para la política, entonces es imprescindible que ésta dé vida a aquélla. Y una realidad constitucional consistente en dar contenido a ese marco no mina el poder normativo de la constitución ni indica pérdida de su validez. Ciertamente, este tipo de realidad constitucional que llena de contenido la constitución se distingue de la que la vacía y más aún de la que la desborda. Se puede hablar de la segunda cuando se desarrollan instituciones o prácticas

políticas que, sin estar permitidas ni prohibidas por la constitución, perjudican el cumplimiento de las metas establecidas jurídico-constitucionalmente o el funcionamiento de las instituciones y procedimientos jurídicamente previstos por ella. La constitución ha de afirmarse frente a tales instituciones o prácticas, en cuanto que se presentan como elusiones intencionadas de la misma. Sin embargo, puesto que en la mayoría de los casos lo que se da es una serie de cambios en las condiciones políticas que no pueden anularse sin más ni más, el poder normativo de la constitución sólo puede conservarse si se extiende su intervención reguladora a tales innovaciones. A diferencia de la realidad constitucional que vacía la constitución, la cual sólo indirectamente perjudica al derecho constitucional válido, la realidad constitucional que la desborda deja de inmediato sin aplicación prescripciones constitucionales. Sin embargo, esto no ocurre en todas las contravenciones constitucionales. La contravención sólo se consolida en la realidad constitucional cuando se convierte en regla y el cumplimiento de la constitución pasa a ser excepcional. En este punto, dependiendo de la importancia del precepto y de las causas de la contravención, puede reclamarse el mantenimiento o la modificación de la norma. Sin embargo, la fuerza normativa de la constitución se resiente cuando a la realidad constitucional que la contradice se le atribuye igual rango que a ella misma, bajo el manto de la «praxis estatal».

La existencia de normas constitucionales de eficacia aparente, disfuncionales o ineficaces remite, por cierto, a un problema más profundo, que posee un significado cardinal para la posibilidad de regulación jurídica de la política: la relación de la constitución normativa con la empírica. La reducción del concepto de constitución al de Ley constitucional no elimina la constitución material, que permanece presente en las realidades sociales en las que se reconfigura el poder político. Es el caso, por ejemplo, de las posiciones de veto de base económica, del potencial de presión de las organizaciones de masas, del monopolio de definición de la opinión pública, de las posiciones sobre armamento. La constitución normativa encuentra siempre una constitución empírica previa y debe imponerse a ella. En tales circunstancias la relación entre ambas, la pretensión jurídica y la acomodación a los hechos (por lo demás, no investigada a fondo) no es unidireccional, sino de ida y vuelta. Los objetos de regulación del derecho constitucional tienen su propia dinámica y consistencia, lo cual repercute, a su vez, en la comprensión y aplicación de las normas constitucionales; a la inversa, su efectividad está determinada por la circunstancia de que operan en el plano simbólico del dere-

cho. De ahí que las constituciones no puedan cambiar la realidad de forma inmediata, sino sólo influir indirectamente. Influencia que descansa en la posibilidad de legalizar o ilegalizar las relaciones de poder existentes y, de este modo, fortalecerlas o debilitarlas. La legalidad es en sí misma un factor de poder y cuanto más profundamente enraizada se halla en la sociedad, más depende la aceptación de las decisiones políticas de su conformidad con la constitución. Por ello la efectividad de ésta estriba, ante todo, en que define las condiciones de validez de las decisiones colectivamente vinculantes, obligando así al poder social, si quiere reclamar obediencia, a servirse de las formas y procedimientos constitucionales y a legitimarse ante las metas jurídico-constitucionales. Aquí radica un efecto canalizador y racionalizador que evita la transformación arbitraria del poder en derecho. Naturalmente, el equilibrio es delicado y la efectividad de una constitución jurídica elaborada sin tener en cuenta la constitución empírica hay que considerarla, desde un principio, de escasa importancia.

#### VI. PRETENSIÓN DE VALIDEZ Y CAPACIDAD PARA IMPONERSE

Es en la validez que la constitución reclama frente a las relaciones fácticas de poder, o en la efectividad que logra frente a ellas, donde se halla —sin perjuicio de otras posibles clasificaciones— la diferencia más llamativa entre las constituciones. Frecuentemente éstas no son promulgadas desde un principio con la intención de vincular, sino que se agotan en una útil representación externa del sistema político. Hay, además, constituciones que se limitan a reproducir la estructura de poder existente y a sancionarla jurídicamente, de modo que su contenido normativo se limita a una garantía del *status quo*. Es cierto que otras se presentan con propósito regulativo y suelen ser cumplidas; pero, lejos de hacerse extensivas a los verdaderos centros de poder del sistema político —por ejemplo, un partido único—, se contentan con regulaciones periféricas sin efectos considerables en los procesos de decisión. Por último, hay constituciones que persiguen el sometimiento efectivo de la política y, por tanto, surten efecto también en los casos normales. Naturalmente, son posibles las transiciones fluidas e incluso en una misma constitución pueden mezclarse elementos de diferentes tipos. En particular, el grado de desarrollo de la sociedad y el modelo predominante de legitimidad parecen tener un efecto decisivo sobre el tipo de constitución: un estado de escaso desarrollo permite a la élite política un desprecio de las obli-

gaciones jurídico-constitucionales relativamente libre de riesgos. En ese caso, las élites rivales tienden menos al cumplimiento de las reglas de resolución de conflictos que a la exclusión mutua. Por el contrario, las sociedades avanzadas necesitan un grado más alto de regularidad y fiabilidad de los resultados políticos. Los sistemas erigidos sobre una verdad absoluta se hallan, como tales, menos preparados para respetar los vínculos jurídico-constitucionales que aquellos que dejan la cuestión de la verdad sin decidir y permiten a las distintas orientaciones competir por la investidura, temporalmente limitada, en el poder estatal. En fin, cuando la constitución, situada ante una meta histórica superior, acepta su carácter eminentemente instrumental así como la necesidad de ceder ante él en caso de conflicto, la indiferencia del sistema frente a la verdad presta a las reglas que garantizan la pluralidad mayor peso específico y más posibilidades de cumplimiento.

La jurisdicción constitucional ha encontrado en los últimos tiempos una difusión creciente como vía para imponer la constitución. En efecto, los tribunales constitucionales pueden contribuir de manera esencial a la realización de las exigencias normativas y a la obtención del consenso jurídico-constitucional: sin esta jurisdicción, la constitución queda librada únicamente a su respaldo social. Incluso cuando éste debiera bastar para impedir contravenciones constitucionales intencionadas, no puede excluir interpretaciones divergentes sobre exigencias jurídico-constitucionales concretas. Los conflictos en el marco de la constitución se extienden entonces rápidamente a conflictos sobre la constitución misma. Puesto que a la hora de la verdad los poderes más fuertes pueden dar su interpretación sobre lo válido, existe la amenaza de que a largo plazo el consenso jurídico-constitucional se agote. En cambio, los tribunales constitucionales tienen la posibilidad de enfocar la constitución de un modo relativamente independiente de las coacciones y del mantenimiento de los intereses del poder. En este aspecto el efecto anticipado parece ser aún más eficaz que la decisión judicial concreta, debido a que la existencia de controles judiciales sobre las instancias políticas obliga a plantear la cuestión constitucional de forma relativamente temprana e imparcial. Si dicho efecto falla, entonces la sentencia judicial revierte de autoridad hace posible sustraer a la constitución de la lucha política y restaurar su función como base para el consenso de los adversarios. Naturalmente, la disposición a dirimir las cuestiones relativas al poder por medio de un tribunal requiere condiciones sociales y culturales que en modo alguno se dan en todos los lugares donde hay una constitución. Cuando dichas condiciones están ausentes,

los tribunales constitucionales actúan en la línea marcada por los poderosos o se condenan a la insignificancia. El daño para la constitución en ambos casos es mayor que la plena renuncia a la jurisdicción constitucional. En cambio, el riesgo para una jurisdicción constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las normas materiales de la constitución y al amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración política y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones.

#### VII. MUTACIÓN E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

Precisamente son las fuertes necesidades de concreción del derecho constitucional las que han convertido también a los tribunales constitucionales en el factor más importante de mutación constitucional. Dicha mutación es consecuencia del hecho de que los autores de las normas constitucionales siempre las refieren a un estado indeterminado de la realidad o, más exactamente, a una determinada representación del estado de la realidad en la cual deben desarrollarse sus efectos. A consecuencia de esto, el sector de la realidad considerado contribuye a configurar el sentido de la norma: de ahí que éste tampoco sea separable de las condiciones de realización de las normas ni permanezca invariable. Al contrario, las estimaciones erróneas o las modificaciones de la realidad actúan sobre la constitución y pueden modificar sus efectos o privarla de ellos. Mientras que las constituciones simbólicas o carentes de eficacia son relativamente insensibles al cambio social, dado que éste no frustra expectativa normativa alguna, el cambio social expone a las constituciones efectivas y normativas a fuertes tensiones. Las desviaciones respecto de los objetivos que pueden darse de este modo requieren mecanismos con cuya ayuda las normas constitucionales puedan adaptarse a condiciones modificadas o conservarse de modo eficiente bajo éstas. Al respecto, los ajustes mediante los cuales cambia el texto de la constitución se pueden distinguir de los que cambian el significado de la norma permaneciendo idéntico su texto: en el primer caso suele hablarse de modificación de la constitución y en el segundo de mutación constitucional. Por regla general las constituciones adoptan medidas para su cambio, pero en la mayoría de los casos vinculan éste a un amplio consentimiento. Ésta es una consecuencia de la función consensual de la constitución, que sirve de fundamento a la disputa de las diferentes posturas políticas y por ello requiere el más amplio consentimiento

de los adversarios. La mutación constitucional es, por el contrario, el resultado de la interpretación constitucional, la cual, naturalmente, no sólo se da en la actividad de los tribunales constitucionales. La ciencia y la praxis estatal participan igualmente en el perfeccionamiento interpretativo de la constitución, si bien los tribunales constitucionales ocupan un lugar desahogado mereced a la fuerza obligatoria última de su interpretación.

Los procesos límite no son plenamente claros. Si bien hoy ya no se pone en duda que la transformación social tiene consecuencias interpretativas, domina la incertidumbre sobre el umbral de intensidad cuya superación hace necesarias nuevas interpretaciones y, sobre todo, sobre dónde termina el ámbito de la interpretación constitucional lícita, más allá del cual no es posible llevar a cabo sino adaptaciones que obstaculicen la modificación formal de la constitución. Por otra parte, los cambios constitucionales plantean la pregunta sobre la identidad de la constitución cuyo contenido ha variado: la respuesta presupone la distinción de diversos estratos normativos en una constitución. Posiblemente aparezcan diferencias entre, por una parte, las decisiones fundamentales sobre la índole y el fin del poder político, sus concreciones y desarrollos materiales y formales, y, por otra, los elementos de la constitución agregados de manera meramente accidental o condicionados por las circunstancias; formalmente todas disfrutan del mismo rango, pero la identidad de una constitución depende de modo evidente de las primeras. En todo caso, entre ellas se cuentan el principio de legitimación del poder y el modelo fundamental de su realización, sobre los cuales todas las constituciones contienen declaraciones, además del establecimiento de los fines y límites fundamentales del poder estatal, en caso de que la constitución contenga disposiciones al respecto. Cuando éstos cambian o quedan obsoletos, ya sea por su permanente incumplimiento, ya por una transformación social, se da una revolución político-constitucional. No obstante, unas pocas constituciones exceptúan de la modificabilidad a las normas configuradoras de su identidad: esto fue lo que intentó la Ley Fundamental como respuesta a la disolución interna de la constitución de Weimar, comenzada ya antes de la toma del poder por el nacionalsocialismo. Es obvio que tampoco de este modo resulta posible detener la dinámica del proceso político en el cual se halla inmersa la constitución; la cláusula de identidad, como parte de una constitución concreta, está vinculada más bien a su estabilidad. En tanto su validez se mantiene, vale también la invariabilidad de sus disposiciones fundamentales; eliminada y reemplazada por una nueva, la cláusula de identidad pierde también su fuerza normativa. Lo

cual no disminuye su importancia, que, de todos modos, impide resoluciones legales. Con todo, ninguna constitución es capaz de asegurar su propia existencia.

#### VIII. CAMBIO Y CRISIS

La transformación a la que el derecho constitucional está siempre expuesto ha sido superada recientemente por un desarrollo que no afecta a las normas constitucionales concretas o a la identidad de determinadas constituciones, sino a la capacidad funcional de la constitución en general. Se trata de profundos cambios en las materias reguladas por la constitución: el Estado y su actividad se repliegan de nuevo ante la creciente complejidad y diferenciación de las relaciones sociales. En el origen de esta situación se halla el naufragio de la confianza liberal en la capacidad de autogobierno de la sociedad: en lugar de la prometeda justicia social, surgió la cuestión social, que obligó al Estado a abandonar su posición de mero garante del orden preestablecido y, en consecuencia, a promover por sí mismo el justo equilibrio de intereses que la mediación del mercado no había traído. Desde entonces es posible observar una continua expansión de las tareas estatales, que han ido anteponiéndose a la responsabilidad general del Estado en el desarrollo social. Este incremento de las funciones y de la responsabilidad estatal no se ha visto acompañado realmente de una ampliación de su capacidad de ordenación: más bien, en los estados constitucionales occidentales los distintos ámbitos funcionales de la sociedad disfrutaban de una autonomía protegida por derechos fundamentales y se guían por sus propios criterios de racionalidad. De ahí que en gran medida el Estado no pueda servirse de sus medios específicos, el mandato y la coacción, en el cumplimiento de sus tareas de gobierno, viéndose obligado a procurar la disposición a obedecer de los actores sociales por medios indirectos. De este modo se les concede un poder de veto que amenaza el éxito de la política y, a largo plazo, la legitimidad del sistema político. El Estado responde a ello mediante un mayor contacto con las fuerzas sociales poderosas, cada vez más consolidado institucionalmente y que en modo alguno se agota en consultas. Se encuentra con los actores sociales en el mismo plano como figura semisoberana, a la vez que éstos pasan a participar en igual medida en el poder de decisión estatal, lo cual confiere rasgos característicamente neocorporativos al sistema.

De este modo, dos importantes condiciones originarias de la constitución amenazan con desaparecer. Por una parte, el problema de la

justicia no es posible ya solucionarlo, como se creyó en su día, de manera formal mediante la limitación del Estado, sino que vuelve a materializarse. La consecuencia es un desplazamiento de la carga de las actividades estatales desde lo retrospectivo y conservador del orden a lo prospectivo y creador de orden. Por la misma razón, las normas constitucionales materiales, en especial los derechos fundamentales, se transforman radicalmente en objetivos a perseguir y proyectos de justicia sin que ello prive totalmente de su función limitadora del Estado. No obstante, pagan esa ampliación de funciones con una pérdida de validez: por un lado, se hacen precisas ulteriores intervenciones para el cumplimiento del programa y, por otro, ya de antemano sólo pueden determinar dicho cumplimiento de forma limitada. Pero del mismo modo que las normas constitucionales organizativas y procedimentales son objeto de modificación, no sólo el principio democrático, sino también el Estado de derecho y la división de poderes, así como las formas que los concretan, dependen en buena medida de la capacidad directiva de las leyes emanadas del parlamento. La actividad estatal moderna ha alcanzado, entre tanto, tal grado de complejidad que ya no es posible preverla de manera completa; tampoco gobernarla legalmente sino de manera limitada. Sin embargo, tan pronto como se suspende el gobierno, legal o ésto subsiste sólo en apariencia, las cautelas jurídico-constitucionales quedan vacías. En segundo lugar, se desvanece la concentración del poder público en el Estado que es necesaria para la intervención reguladora de la constitución. Ciertamente, el Estado continúa monopolizando la competencia relativa a las decisiones colectivas vinculantes; no obstante, desde el punto de vista material a menudo éstas se muestran, en un sistema con tendencias corporativas, como un producto social de los actores públicos y privados, que aún pueden distinguirse como tales pero ya no permiten una atribución inequívoca de las consecuencias. Por principio, este problema tampoco es resoluble mediante la constitucionalización del poder social. Al contrario: en la misma medida en que el Estado comparte sus competencias con los actores privados, también la constitución, que exige el completo sometimiento de las decisiones públicas, recae sobre un orden parcial.

#### IX. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Preguntarse por el futuro de la construcción a la luz de estos datos significa, ante todo, dejar constancia de que un fenómeno nacido bajo determinadas condiciones históricas no puede sobrevivir a la

supresión de tales condiciones; si lo logra, es tan sólo al precio de quedar vacío de sentido. Con todo, es dudoso que esta decadencia sea inminente para la constitución normativa: de hecho, en algún aspecto la especial situación de las primeras constituciones se ha convertido hoy en regla. En general, ya no se reconoce a sujeto alguno un derecho a ocupar el poder de origen divino o basado en sí mismo. La situación de vacío posterior al derribamiento de un poder independiente del consenso, que antaño había fundado la necesidad de reconstituirlo, vuelve a estar latente: la atribución del poder político dependerá, en adelante, de la convicción compartida en la delegación y el consenso y se ejercerá fiduciariamente. En estas circunstancias se hacen necesarias también, en gran medida, reglas jurídicas que determinen cómo ha de realizarse y ejercerse legalmente el poder estatal: tales reglas han de ser establecidas antes de que el Estado pueda actuar legalmente. Esto no se da en todos los sistemas políticos con el fin de limitar el poder, sino que puede tener, como ha puesto de relieve el punto de vista tipológico, funciones encubridoras. No obstante, la constitución sigue teniendo en la necesidad de derivar y organizar el poder su más firme apoyo. También su capacidad de imponerse se acrecienta con la difusión de la jurisdicción constitucional. Pero, por lo demás, la comprobada materialización de las tareas del Estado, con la correspondiente merma de la capacidad de gobernar jurídicamente, así como la difusión del poder estatal, con su fragmentación de las competencias para adoptar decisiones, obligan a presumir que la constitución, a despecho de su propósito, regresa a la condición de orden parcial sectorial y vuelve a adoptar rasgos de los antiguos, concretos y particulares vínculos del poder. Es predecible que, en la misma medida en que esta transformación se haga consciente, la constitución empírica vuelva a adquirir interés.

[Traducción de Raúl Sanz Burgos]

#### BIBLIOGRAFIA

- Badura, P., «Verfassung und Verfassungsgesetz», en *Fests. f. U. Scheiner*, Berlin, 1973, pp. 19 ss.  
 Beyme, K. v., «Verfassung und politisches System»: *Politische Bildung* 17 (1984), pp. 3 ss.  
 Böckenförde, E.-W., «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en *Festschrift f. R. Gmür*, Bielefeld, 1983, pp. 7 ss.  
 Bryde, B.-O., *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden, 1982.  
 Buchanan, J. M. y Tullock, G., *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, Michigan, 1962.

- Dilcher, G., «Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz»: *Der Staat* 27 (1988), pp. 161 ss.
- Dreier, R. y Schwegmann, F. (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976.
- Ehmske, H., *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953.
- Elster, J. y Slagstad, R. (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988.
- Fiedler, J., *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, Freiburg i.Br., 1972.
- Forsthoft, E., «Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre», en *Festsch. f. Carl Schmitt* I, Berlin, 1968, pp. 185 ss.
- Friedrich, M. (ed.), *Verfassung*, Darmstadt, 1978.
- Gough, J.-W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1955.
- Häberle, P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978.
- Heller, H., *Staatslehre*, Leiden, 1934; Tübingen, 1983.
- Hennis, E., *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, Tübingen, 1968.
- Hermens, F. A., *Verfassungslehre*, Frankfurt a.M., 1964.
- Hesse, K., *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959.
- Hofmann, H., «Zur Idee des Staatsgrundgesetzes», en *id.*, *Recht - Politik - Verfassung*, Frankfurt a.M., 1986, pp. 261 ss.
- Huber, E. R., *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, Hamburg, 1935.
- Isersee, J., «Staat und Verfassung», en *id.* y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts* I, Heidelberg, 1987, pp. 591 ss.
- Jellinek, G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, 1914; Bad Homburg, 1986 (reimpr.).
- Kagi, W., *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945.
- Kovács, J., *New Elements in the Evolution of Socialist Constitution*, Budapest, 1968.
- Lassalle, F., *Über Verfassungswesen*, Berlin, 1862; Braunschweig (reed.), 1949.
- Loewenstein, K., *Verfassungslehre*, Tübingen, 1959, 1975 (orig.: *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1957).
- Luhmann, N., «Politische Verfassungen im Kontext der Gesellschaftssysteme»: *Der Staat* 12 (1973), pp. 165 ss.
- McLwain, Ch. H., *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, NY, 1940.
- Näf, W., «Der Durchbruch des Verfassungsgedankens im 18. Jahrhundert», en *id.* (ed.), *Schweizer Beiträge zur Allg. Geschichte* II, Bern, 1953, pp. 108 ss.
- Pennock, J. R. y Chapman, J. W. (eds.), *Constitutionalism*, New York, 1979.
- Schindler, D., *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, 1932.
- Schmale, W., *Entchristianisierung, Revolution und Verfassung*, Berlin, 1988.
- Schmidt-Assmann, E., *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, Berlin, 1967.
- Schmitz, C., *Verfassungslehre*, München, 1928, 1983 [trad. cast. *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2003].
- Schneider, P. y Ehmske, H., «Prinzipien der Verfassungsinterpretation»: *VVDStZ* 20 (1963), pp. 1 ss.

- Smeid, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, 1928; también, *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968, pp. 119 ss.
- Stourzh, G., «Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff», en Engel-Janosi, F., Klingenstein, G. y Lutz, W. (eds.), *First, Bürger, Mensch*, Wien/München, 1975, pp. 97 ss.
- Sunstein, C. R., «Constitutionalism after the New Deal»: *Harvard Law Review* 101 (1987-1988), pp. 421 ss.
- Vierhaus, R. (ed.), *Herrschaftsverträge. Wahlkapitulationen, Fundamentalgeseetze*, Göttingen, 1977.
- Vorländer, H., *Verfassung und Konsens*, Berlin, 1981.

## CONDICIONES Y CONSECUENCIAS DEL NACIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

### 1. LA CONSTITUCIÓN COMO INNOVACIÓN

#### 1. *Objetivo de la investigación*

El surgimiento del constitucionalismo moderno al final del siglo XVIII en Norteamérica y Francia está relativamente bien investigado y documentado. No obstante, falta aún una explicación satisfactoria de *por qué* la constitución pudo introducirse precisamente en esa época y convertirse con tal rapidez en la cuestión central del momento. Una innovación tan radical y de tales consecuencias remite, de entrada, a determinadas condiciones que no se daban previamente y que podrían volver a desaparecer; sin la reconstrucción de dichas condiciones no puede entenderse históricamente la constitución ni hacerse un pronóstico sobre ella. Por lo demás, la pregunta por el futuro de la constitución es cualquier cosa menos superficial: su difusión universal y su capacidad para implantarse, aumentada por los tribunales constitucionales, no pueden obviar la peculiar debilidad y el vaciamiento de significado en el que se halla en la actualidad frente a los problemas planteados por el moderno Estado de bienestar. El objetivo de esta investigación consiste en hallar una explicación del pasado dirigida hacia el presente y el futuro; por ello en las páginas siguientes el acento se pondrá en el aspecto histórico, mientras que la problemática actual sólo se tratará al final y a grandes rasgos.

2. *Tradición e innovación*

Que la constitución representa una innovación histórica no es algo evidente si consideramos su concepto más antiguo, usado hasta hoy en el análisis de épocas pasadas. Por ello, lo más urgente es identificar aquellos elementos que constituyen su novedad: en este sentido, la génesis de los fenómenos que han creado el tipo de la constitución moderna no puede proporcionarnos sino indicios. Las constituciones norteamericanas posteriores a 1776, la constitución federal americana de 1787, con la *Bill of Rights* reclamada ya durante la ratificación de aquélla en 1791, la constitución francesa de 1791, que incorpora la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fueron producto de revoluciones que derrocaron el poder tradicional para erigir uno nuevo. Naturalmente, la historia no es parca en acontecimientos de este tipo. Sin embargo, éstos se diferencian de los numerosos cambios de poder que les precedieron en que sus autores no se contentaron con el cambio de gobernantes y de formas de gobierno, sino que antes construyeron intelectualmente las condiciones del poder legítimo y trasladaron esta construcción a normas jurídicas obligatorias. Sólo sobre la base de tales condiciones normativas se llamaba al poder a las personas y sólo en el marco de dichas normas se las facultaba para el ejercicio del poder.

La novedad, considerada en sí misma, no consistía en la construcción intelectual de las condiciones del poder legítimo ni en la sujeción jurídica del poder<sup>1</sup>. La legitimación del poder ha construido siempre un problema capital de la filosofía social. Desde que el modelo religioso de legitimación se desvaneció como consecuencia del cisma religioso, se hizo necesaria una nueva respuesta; ésta se encontró en la doctrina del contrato estatal, para la cual el poder político se consideraba legítimo si podía pensarse como fundado contractualmente. Con frecuencia se pretendió que las condiciones de legitimación desarrolladas en la teoría del contrato tuvieran validez jurídica; pero se trataba de un tipo de validez suprapositivo, que no encontró gran aprobación entre los gobernantes ni tampoco presencia alguna en el derecho positivo. Frente al derecho público positivo, el derecho natural, que se remontaba al contrato estatal, se presentaba, depen-

diendo de su contenido, como una teoría ya crítica, ya sancionadora de lo existente.

Ciertamente, de la carencia de fuerza vinculante del derecho natural no puede concluirse la existencia de un poder carente de límites jurídicos. La teoría de la soberanía de Bodino, según la cual el soberano estaba facultado para crear derecho obligatorio para todos sin estar a su vez jurídicamente sometido, legitimaba la facultad del gobernante para ordenar la sociedad, inevitable tras el colapso del orden medieval, pero no proporcionaba una descripción completa de la realidad. Por el contrario, la creciente concentración del poder territorial en manos del monarca despertó la necesidad de limitación jurídica de ese poder; en efecto, hacia mediados del siglo XVII, aprovechando la ausencia o la debilidad del soberano, los estamentos amnazados presionaron para llevar a cabo una serie de compilaciones que proporcionaban normas para el ejercicio del poder público (ciertamente de manera asistemática, pero desde luego compensativa y con tendencia a salvaguardar los derechos estamentales)<sup>2</sup>. Sin embargo, este intento de retardar normativamente el progreso del moderno Estado soberano fundándolo, no en una voluntad subjetiva, sino en la presión objetiva de los problemas, prácticamente no tuvo consecuencias. A muy pocas de las denominadas formas de gobierno les estaba destinado un período de vigencia más amplio.

Sin embargo, el monarca absoluto, liberado ya del gobierno compartido con los estamentos y asegurado su propio poder en el ejercicio y el funcionamiento, tampoco disfrutaba en modo alguno de un poder jurídicamente ilimitado: aunque había sido capaz de eludir los intentos de regulación total como los pretendidos mediante las formas de gobierno estamentales del siglo XVII, se encontraba ante una serie de las denominadas leyes fundamentales o contratos de dominación, que se distinguían precisamente porque obligaban al gobernante en términos jurídico-positivos y no podían ser modificados unilateralmente por él. Recogidos en su mayoría por escrito, muchas veces imposibles por vía judicial, cumplían todas las condiciones del derecho de rango superior y eran considerados, de manera absoluta, como marcos del poder soberano, incluido el derecho a legislar<sup>3</sup>. En

1. Véase sobre las raíces antiguas de la constitución moderna H. Hofmann, «Zur Idee des Staatsgrundgesetzes», en *Id., Recht - Politik - Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, 1986, p. 261; además, W. Näf, «Der Durchbruch des Verfassungsgedankens im 18. Jahrhundert», *Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte* 2 (1953), p. 108.

2. Véase G. Ostreich, «Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde. Die Regierungsformen des 17. Jahrhunderts als konstitutionelle Instrumente», en R. Vriehaus (ed.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgeseetze*, 1977, p. 45.

3. Véase R. Vriehaus (ed.), *Herrschaftsverträge...*, cit.; H. Hofmann, «Zur Idee...», cit.; W. Näf, «Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag», *Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte* 7 (1949), p. 26; F. Hartung, «Herrschaftsver-

cuanto a su génesis, eran de origen predominantemente contractual, lo cual indica que tras ellos se hallaban grupos sociales de poder que contaban con importantes y duraderos servicios en favor del poder monárquico, habiendo obtenido de ello la posibilidad de exigir como contrapartida al gobernar renuncias particulares a su soberanía, así como la garantía de su obligatoriedad jurídica. Pero, dado su fundamento contractual, no tenían su origen en sí mismos, sino en el poder del soberano, al que regulaban sólo en un sentido particular, en favor de algunos súbditos privilegiados.

Frente a esto, la novedad de las constituciones modernas se halla en la reunión de dos líneas que dan validez al modelo jurídico esbozado de manera teórica. Por una parte, la validez jurídico-positiva diferencia a la constitución del derecho natural; por otra, se distingue de los antiguos vínculos jurídicos del poder estatal por una ampliación de sus funciones y de su validez en tres sentidos distintos, a saber:

1) Mientras los contratos de dominación y las leyes fundamentales daban siempre por supuesto el poder estatal legítimo y regulaban únicamente lo referido a las formas particulares de su ejercicio, la constitución moderna generaba un poder estatal legítimo: por consiguiente, no producía efectos modificadores del poder, sino *constitutivos del mismo*.

2) Las antiguas formas de vinculación jurídica del gobernante sólo obligaban al poder estatal en aspectos particulares; la constitución moderna exigía la regulación sin excepciones del poder. De este modo, sus efectos eran *completos*, no concretos.

3) Por último, las antiguas formas de vinculación jurídica, cuyo fundamento era su origen contractual, sólo eran válidas entre las partes contratantes; en cambio, las modernas obligaciones jurídico-constitucionales redundaban en beneficio de todos los sometidos al poder: por tanto, su efectos no eran particulares, sino *universales*.

träge und ständischer Dualismus in deutschen Territorien», en *id.*, *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit*, 1961, p. 62; C. Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, 1979, pp. 178 ss.; H. Mohrhaupt, «Die Lehre von der Lex fundamentalis» und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien», en J. Kunisch (ed.), *Der dynastische Fürstentum*, 1982, p. 3; H. Mohrhaupt, «Verfassung I», en O. Brunner, W. Conze y R. Koselleck (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* VI, 1990, pp. 852 ss.; A. Lemaire, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, 1907; J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, 1935.

### 3. El nuevo y el viejo concepto de constitución

El significado revolucionario de la constitución moderna permanece oculto a causa de su vinculación con las tradiciones existentes y de su uso de conceptos importados. Las denominaciones del nuevo fenómeno (*Verfassung*, *Konstitution* y, en sus países de origen, *constitution*) eran ya familiares antes de las revoluciones, aunque en aquella época tenían otro significado<sup>4</sup>. *Constitutio* y *constitution* solían designar una clase de leyes que no contenían necesariamente referencia alguna al ejercicio del poder; *constitution* o *Verfassung* aludían de ordinario a la condición de un Estado (al principio en sentido amplio, a la manera en que había llegado a configurarse a través del desarrollo histórico, los hechos naturales y el orden jurídico, más tarde reducido al *status* que le confieren convenciones, leyes fundamentales y contratos de dominación). Pero, incluso en este sentido más estricto, el término «constitución» continuaba refiriéndose a la condición jurídicamente configurada, sin designar a la norma jurídica misma que la crea; de ahí que todo Estado tuviese una determinada constitución y que donde no había constitución alguna que fuese presumible, no existiese Estado. Por consiguiente, el viejo concepto de constitución era un *concepto del ámbito del ser*.

En cambio, la constitución moderna fijaba en un documento con forma jurídica, con preensión sistemática y exhaustiva, la exigencia de cómo *debía* organizarse y ejercerse el poder estatal; de este modo, la constitución se hizo una con la ley que regulaba la organización y el ejercicio del poder del Estado. Ya no se refería a la situación jurídicamente creada, sino a la norma creadora de aquélla: la constitución se erigió así en *concepto normativo*. En este nuevo sentido, en modo alguno podía decirse que todos los Estados tuvieran una. La existencia de un documento constitucional, que contuviera los derechos fundamentales y la representación popular, se convirtió en la característica distintiva para clasificar el poder estatal y la pregunta sobre si sólo podría pretender legitimidad un Estado constitucional entendido en este sentido dominó a lo largo de todo el siglo XIX.

El antiguo concepto descriptivo de constitución fue desplazado

4. Véase, en este mismo volumen, «El concepto de constitución en su desarrollo histórico», pp. 107-154; además, E.-W. Böckenförde, «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en *Festschrift für Rudolf Gmür*, 1983, p. 7; C. H. McIlwain, *Constitutionalism: ancient and modern*, 1966; *id.*, «Some Illustrations of the Influence of Unchanged Names for Changing Institutions», en P. Sayre (ed.), *Institutions of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, 1947; H. Boldt, *Einführung in die Verfassungsgeschichte*, 1984, pp. 119 ss.



blemático atribuir carácter constitucional a las autolimitaciones de la soberanía introducidas durante el último tercio del siglo XVIII, bajo la influencia de la Ilustración, en los proyectos austriaco y prusiano de codificación del derecho privado y que, en parte, lograron también fuerza de ley<sup>9</sup>. Bien es verdad que comparieron con las constituciones posteriores la función limitadora del poder; sin embargo, les faltaban tres cualidades características de las constituciones modernas. No tenían carácter fundamentador del poder ni se aplicaban realmente al denominado derecho público interno (es decir, a los derechos de soberanía y a la relación entre el Estado y la nación), sino sólo a la relación entre el poder estatal y los derechos individuales<sup>10</sup>; tampoco vinculaban al gobernante desde la posición del derecho de rango supremo, sino que se hallaban más bien en el nivel del derecho ordinario. Esto, en un sistema en el que únicamente el monarca podía ejercer el poder de legislar, las hacía modificables por él en cualquier momento<sup>11</sup>. Leopoldo II, quien en su condición de Gran Duque de Toscana quiso promulgar una constitución por iniciativa propia, permanece como un fenómeno singular en el mundo principesco de la época<sup>12</sup>. Durante su breve reinado en el trono de los Habsburgo, tras la muerte de José II en 1790, no retomó estos planes.

Tampoco puede suponerse interés alguno por la constitución, en sentido moderno, entre los estamentos privilegiados del clero y la nobleza. Es cierto que deseaban limitar el poder monárquico y participar en las decisiones políticas; sin embargo, estas exigencias no cuestionaban de manera radical el derecho originario de soberanía de la monarca ni apuntaban hacia la participación de la totalidad de la población. Esto se manifiesta con especial claridad en las discusiones desarrolladas desde 1787 en relación con la convocatoria de *États généraux* en Francia<sup>13</sup>. Los estramentos superiores aspiraban a regre-

9. Véanse las tendencias, por ejemplo, en H. Conrad, *Rechtshistorische Bestrebungen im Absolutismus Preussens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts*, 1961; también, *Das Allgemeine Landrecht von 1794 als Grundgesetz des föderalistischen Staates*, 1965.

10. Véase G. Birtsch, «Zum konstitutionellen Charakter des preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794», en *Festschrift für Theodor Schneider*, 1968, pp. 98 y, especialmente, 100 ss.

11. Véase M. Kriehle, *Einführung in die Staatslehre*, 1975, pp. 116 ss., que por ello habla, a diferencia de los derechos fundamentales, de meras tolerancias.

12. Véase I. Zimmernann, *Das Verfassungsprojekt des Grossherzogs Peter Leopold von Toskana*, 1901; A. Wandruszka, *Leopold II, I*, 1963, pp. 368 ss.; C. Franco-Vich, *La rivoluzione americana e il progetto di costituzione del granduca Pietro Leopoldo*, *Rassegna Storica del Risorgimento*, 1954, p. 371.

13. Véase E. Schmitt, *Repräsentation und Revolution*, 1969, pp. 89 ss., así como 147 ss.

sar, más allá del absolutismo, a las viejas formas del dualismo monárquico-estamental, pero en modo alguno a avanzar hacia una representación global de la nación en la que habrían sido absorbidos, o en todo caso condicionados, ya que tales eran las consecuencias de la constitución moderna. Por ello el clero y la nobleza, como estamentos, no era partidarios de aquélla; lo que ciertamente no excluye la aprobación por parte de algunos miembros de esos estamentos, como no excluye tampoco la disposición de algunos príncipes a establecer su poder sobre bases jurídico-constitucionales.

Por consiguiente, no resta sino el Tercer Estado como portador de la idea de constitución. No obstante, aquí también es preciso hacer diferencias: el Tercer Estado, al que sólo una su exclusión de los privilegios de los estamentos superiores, no constituía un grupo homogéneo<sup>14</sup> y, en consecuencia, poseía también muy diferentes opiniones sobre la constitución. Faltaba, por una parte, un interés objetivo en modificar radicalmente el sistema y, por otra, la conciencia subjetiva de poder provocar un cambio del mismo y obtener beneficios de ello. Lo primero vale en gran medida para la vieja burguesía estamental, cuyas figuras más destacadas no aspiraban a la eliminación de los privilegios sino a su disfrute (que obtuvieron con frecuencia mediante el ennoblecimiento); pero también para la amplia capa de los artesanos urbanos y los comerciantes, que en su gran mayoría, de los artesanos urbanos en favor de modificación alguna, obtenía seguridad del orden estamental y de la organización corporativa del comercio: la libertad y la igualdad se sentían más como amenaza que como progreso. Lo segundo es aplicable al campesinado, al cual se le podía suponer un interés en el desmantelamiento de los vínculos feudales; sin embargo, sus componentes no poseían el grado de independencia, formación y ocio que les hubiera permitido convertir dicho interés en un concepto orientado a modificar las estructuras de poder y sostenerlo de manera organizada. De modo que ese interés sólo puede predicarse propiamente de esas capas de población situadas en la zona inferior del estamento, siempre en el umbral de la subsistencia y sin perspectiva alguna de mejorar su situación. Entre

14. Véase, por ejemplo, G. Lefebvre, *La révolution française*, 1963, pp. 52 ss.; R. Pernoud, *Histoire de la Bourgeoisie en France*, 2 vols., 1960-1962; P. Léon, en F. Braudel y E. Lebrousse (eds.), *Histoire économique et sociale de la France II*, 1970, pp. 608 ss.; W. Meger, *Frankreich vom Ancien Régime zur Moderne*, 1630 bis 1830, 1980, pp. 195 ss. Para Alemania, véase, entre otros, R. Koselleck, *Preussen zwischen Reform und Revolution*, 1975, pp. 87 ss. y 114 ss., así como el panorama general descrito por R. Vierhaus, *Deutschland im Zeitalter des Absolutismus*, 1978, pp. 71 ss. y 77 ss.

ellos, como entre los campesinos, habría sido posible encontrar apoyo para los cambios si éstos se hubiesen exigido alguna vez, pero no intereses y proyectos propios.

Por consiguiente, resta esa parte del estamento burgués creada por las necesidades administrativas y económicas del Estado absoluto comprendida habitualmente bajo el concepto de burguesía culta y propietaria, la cual, aunque incluida en el Tercer Estado, violentaba en el fondo la organización por estamentos y ponía el germen de la disolución del orden tradicional. El presupuesto objetivo de su papel protagonista en el origen de la constitución se encontraba en la creciente relevancia de los servicios que prestaba a la estabilidad y al desarrollo social, así como a la pérdida de importancia, simultáneamente percibida, de la función social del clero y la nobleza. En sentido subjetivo, la conciencia de sí, que descendía en la importancia de la propiedad y de la cultura y en su percepción de la creciente discrepancia entre la importancia social y la situación jurídico-política, desempeñó un papel decisivo.

Este cambio de conciencia se manifiesta en numerosos indicios desde mediados del siglo XVIII. De orientación fundamentalmente cultural al comienzo, provocó el nacimiento de salones literarios, sociedades de lectura, revistas, conciertos, exposiciones; en general, un arte autónomo desvinculado de los servicios cortesanos y eclesiásticos con cuya ayuda la nueva burguesía satifizo su necesidad de tomar conciencia de sí misma, de encontrar su propia identidad y su significado. De este modo, nacieron foros que disputaban al Estado el monopolio de la opinión pública y se constituyó por primera vez un público, en el sentido de parte razonadora de la sociedad<sup>15</sup>. No obstante, el raciocinio se trasladó pronto desde la esfera, aparentemente libre de intereses, del arte y la filosofía a la de las relaciones sociales y dio lugar a una literatura en rápida expansión que critica, con razones de tipo filosófico y económico, la turela espiritual, así como los vínculos feudales y corporativos<sup>16</sup>. Crítica que desembocó

finalmente en la exigencia de autonomía para los procesos cultural y económico. Lo cual no significaba sino desvincular estas funciones sociales de la dirección política, liberándolas a las decisiones voluntarias individuales.

No obstante, en lo referido a la cuestión del origen de la constitución resulta importante que la invocación al cambio en las relaciones de poder no se vinculase desde el principio al postulado de la autonomía. Por el contrario, en circunstancias de oposición de los estamentos privilegiados a las exigencias de reforma que afectaban a sus privilegios y a los fundamentos económicos de los mismos, se confiaba en el monarca absoluto para llevarla a cabo. Esto vale en igual medida para los fisiócratas, enciclopedistas, volterrianos y kantianos. No obstante, las reformas sociales reclamadas no podían desarrollarse completamente intacta la posición política del monarca, en tanto que la autonomía de los subsistemas sociales y la libertad individual de decisión comportaban la renuncia simultánea al dirigismo estatal.

También la filosofía social avanzó hacia esta forma de entender las cosas durante la segunda mitad del siglo XVIII, al dar al contrato estatal, con el que inicialmente se habían justificado los poderes limitados del Estado, un nuevo contenido<sup>17</sup>. Ya no se exigía, como había ocurrido bajo la presión de las guerras civiles confesionales, la cesión de la totalidad de los derechos naturales de los individuos al Estado para situar a éste en disposición de garantizar de manera efectiva las condiciones elementales para la coexistencia pacífica: esto es, la vida y la integridad física. Más bien la consolidación del Estado absolutista desarrollado, que había zanjado las guerras civiles confesionales restaurando la paz social, permitía conservar los derechos naturales de los individuos en la situación estatal y encomendar su defensa al Estado, de modo que sólo seguía siendo inevitable la cesión, en los casos extremos, del derecho a la imposición coactiva de los propios derechos. Al mismo tiempo, los derechos naturales, que en los orígenes de la teoría contractual habían designado sólo de manera muy general la libertad y la propiedad o la vida y la integridad física, se formularon como catálogos progresivamente detallada

15. Véase J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962, pp. 38 ss. [trad. cast. *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1982]; D. Grimm, «Kultur- und Sozialgeschichte des Staates», en *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, pp. 104 ss. y sobre todo la bibliografía recogida allí en la nota 3; id., «Soziale Voraussetzungen und verfassungsrechtliche Gewährleistungen der Meinungsfreiheit», *ibid.*, pp. 232 ss.; L. Hübner, «Öffentlichkeit», en *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., IV, 1978, pp. 413 y, espec., 430 ss.

16. Véase de la enorme bibliografía, por ejemplo, R. Koselleck, *Kritik und Krise*, 1973 [trad. cast. *Crítica y crisis del mundo burgués*, Madrid, 1965]; nueva ed. de próxima publicación en Trotta; I. O. Wade, *The Structure and Form of The French Enlightenment*, 2 vols., 1977; P. Hazard, *La pensée européenne au XVIII siècle*, 2 vols.,

1963; J. Proust, *L'Encyclopédie*, 1965; G. Wulferesse, *Le mouvement physiocratique en France*, 2 vols., 1968 (reimp.); W. Mager, *Frankreich...*, cit., pp. 202 ss.; F. Valjavec, *Die Entstehung der politischen Strömungen in Deutschland*, 1978 (reimp.); S. Breuer, *Sozialgeschichte des Naturrechts*, 1983; D. Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976; W. Krauss, *Studien zur deutschen und französischen Aufklärung*, 1963; F. Schneider, *Pressfreiheit und politische Öffentlichkeit*, 1966.

17. D. Klippel, *Politische Freiheit...*, cit., espec. pp. 186 ss.; J. W. Gough, *The Social Contract*, 1957.

dos, vinculándolos al concepto de división de poderes como medio de protección de la libertad.

Por lo tanto, el contenido de la constitución posterior estaba ya considerablemente prefigurado en la doctrina previa del contrato estatal; sin embargo, ésta no dio paso a la constitución moderna. El contrato estatal se vinculaba con el viejo concepto de constitución allí donde apuntaba hacia la limitación del Estado y la división de poderes en interés de la libertad individual o donde adoptaba un contenido radical-democrático, como en Rousseau<sup>18</sup>. El contrato siguió siendo un criterio pensado para la organización racional del Estado, que constituía el factor determinante de la constitución, pero no ella misma.

c) La ruptura revolucionaria

La transición desde los intereses de reforma social con fundamento meramente teórico a la constitución moderna sólo tuvo lugar mediante la confluencia, en Francia, de una burguesía económicamente fuerte y consciente de su fuerza, apoyada por los estratos situados por debajo de ella, con un Estado renuente a las reformas e incapaz de llevarlas a cabo. La condición esencial del derecho de dominación del rey francés había permanecido intacta frente a las exigencias burguesas de reforma, así como la esperanza de llegar a la meta junto con él. La ruptura revolucionaria sólo se produjo cuando el camino de la evolución pareció cerrado y, por decisión del Tercer Estado, los *États généraux* se constituyeron en Asamblea nacional para tomar en sus propias manos el destino de Francia. Esta decisión no afectaba de momento a la monarquía, sino más bien a su fundamento de legitimación, algo que no dejaron de ver los observadores contemporáneos<sup>19</sup>.

Aunque la decisión que señaló la ruptura revolucionaria no contenía referencia alguna a una constitución, dicha decisión tuvo la mayor importancia en el origen de ésta. La destrucción de la soberanía monárquica y la proclamación de la soberanía popular legaron un vacío, no un poder: aunque el gobierno real volvió a desempeñar su cargo, tanto a su lado como bajo él o por encima de él actuaban las comisiones de la Asamblea nacional, legitimando su actuación. Al monarca y a su Administración se les retiró la legitimidad mediante

18. Véase D. Grimm, «El concepto de constitución...», cit. Antes de la Revolución, constitución y norma jurídica solo fueron congruentes para E. de Vattel, *Le droit des Gens ou Principes de la loi naturelle*, 1758, I, 1, cap. III, p. 27.

19. Véase Arch. part., 8, p. 127, y además E. Schmitt, *Repräsentation...*, cit., pp. 131 ss., 261 ss., 277 ss.

el acto revolucionario de la Asamblea nacional: ésta, que se había designado a sí misma como tal, no podía desempeñar el poder estatal sino de manera provisional e interina pues, lejos de haber sido elegida por el pueblo, provenía de los estamentos del *Ancien Régime*; sin embargo, el pueblo, al que se le atribuía dicho poder, no era capaz de actuar por sí mismo y hubo de ser dotado de procedimientos y órganos para la formación de su voluntad y la constitución del sistema. Por consiguiente, la ruptura revolucionaria con el poder estatal hereditario y la nueva soberanía popular, carente de órganos que hicieran realizable el principio de legitimación política del poder, desembocó verdaderamente en un acto constituyente.

No obstante, este acto necesario de constitución no puede confundirse con la constitución (*Konstitution*) misma. Ciertamente, el poder estatal delegado, considerado desde el principio de legitimación de la soberanía popular, exige siempre una norma jurídica legitimadora mediante la cual se concede el mandato y que, por ello, se halla en un rango necesariamente superior al poder delegado y a las normas jurídicas que de él proceden. No obstante, dicha norma jurídica no ha de identificarse necesariamente con la moderna ley constitucional. El pueblo también puede conceder el mandato de dominación de manera incondicionada e irrevocable: la vieja doctrina del contrato estatal lo había puesto de manifiesto sin ruptura lógica alguna. La consecuencia era en este caso el poder absoluto: un poder, ciertamente, ya no de derecho originario, sino transmitido, pero que, por su carácter ilimitado y concentrado en una sola persona, no necesitaba normas jurídico-constitucionales ni era susceptible de ser sometido a ellas. En este caso, el derecho público se limita al establecimiento de la omnipotencia del soberano y a la regulación de su sucesión. Por consiguiente, si no es el carácter de mandato del poder lo que conduce por sí mismo a la constitución moderna, entonces no puede ser otra cosa que el modo particular en que se confiere aquél: lo cual requiere una referencia a la idea burguesa del Estado.

d) Separación entre el Estado y la sociedad

El modelo social burgués descansaba en la premisa de que la sociedad dispone de mecanismos de autogobierno que conducen de manera automática a la prosperidad y la justicia sólo con que se les permita actuar sin impedimentos<sup>20</sup>. Presupuesto de su eficacia era la

20. Para una exposición más detallada, D. Grimm, «Bürgerlichkeit im Recht», en *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, pp. 11 ss.

autonomía de los subsistemas sociales, que permitía a éstos desarrollarse al margen de la dirección política según sus propios criterios de racionalidad; la libertad individual igual para todos hacía las veces de instrumento de esta autonomía. Prometía en primer lugar un aumento considerable de la prosperidad al liberar al talento y a la laboriosidad de las trabas del viejo orden social, permitiendo a todos la participación de su esfuerzo y estimulando así la voluntad de trabajo de la sociedad; asimismo, que las obligaciones sociales en el sistema de libertad igual sólo se contraerían ya de manera voluntaria, es decir, serían contractualmente pactadas, lo que haría posible un equilibrio de intereses más justo de lo que hubiera permitido la dirección política centralizada. En estas circunstancias, el bien común ya no era una magnitud firme y materialmente definida sino que resultaba de la concurrencia de las decisiones de las voluntades individuales: se formalizó y procedimentalizó.

El sistema no hizo superfluo al Estado puesto que, por una parte, la libertad individual igual, de la que dependía el funcionamiento del orden social, estaba también necesitada de organización y protección y, por otra parte, una sociedad disuelta en individuos desligados y despojados de todas las facultades del poder carecía, en cualquier caso, de capacidad de acción colectiva para garantizar por sí misma la organización y protección de la libertad; había de reconstruir esa capacidad de acción fuera de sí misma, precisamente como Estado<sup>21</sup>. Con todo, este último perdió su antigua plenitud de competencias ante la capacidad de autogobierno de la sociedad: puesto que el bien común ya no se consideraba resultado de la acción estatal planificada sino una consecuencia sobrevenida del ejercicio de la libertad individual, perdió su papel de instancia central de control de todos los subsistemas sociales, los cuales se desvincularon e hicieron autónomos respecto de la política, que había de limitarse a proteger de toda perturbación los presupuestos del autogobierno, la libertad y la igualdad. Esto condujo a una inversión del principio de distribución vigente hasta entonces: el interés privado se puso por delante del público, la sociedad por delante del Estado. Éste era, por principio, limitado; aquélla, por principio, libre. El concepto de separación entre Estado y sociedad ha adquirido carta de naturaleza para caracterizar este modelo<sup>22</sup>.

21. Véase N. Luhmann, «Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschafts-systems», *Der Staat* 12 (1973), p. 5.

22. Véase E.-W. Böckenförde (ed.), *Staat und Gesellschaft*, 1976; E.-W. Böckenförde, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Be-*

La separación, naturalmente, no ha de entenderse como ausencia de relación, sino como reorientación de la misma. En este punto la sociedad burguesa se encontró frente a un problema de construcción. Por una parte, había de proporcionar al Estado el monopolio del uso legítimo de la violencia (al que había aspirado, sin conseguirlo, el monarca absoluto), para lo cual era preciso incrementar de nuevo el poder estatal. Por otra, no obstante, había de impedirle que empleara ese poder contra la autonomía social e interviniese en favor de sus particulares ambiciones de control. La constitución moderna responde precisamente a este problema de la compatibilidad del orden político y el social<sup>23</sup>. Su capacidad para solucionar este problema dependía de que todas las cuestiones relativas a las decisiones de las voluntades individuales (que necesitaban una regulación adecuada al contenido de la decisión fundamental en favor del autogobierno social) fueran de naturaleza formal. En primer lugar, se trataba de limitar al Estado en beneficio de la autonomía social y la libertad individual; pero, por otra parte, ese Estado separado del conjunto de la sociedad había de ser nuevamente conciliado con ella de tal manera que no pudiera, en el cumplimiento de su función de garantía, separarse de los intereses sociales a cuyo servicio se hallaba.

Es importante reconocer que esta tarea, así planteada, encontró en el derecho (es decir, en el derecho constitucional) su solución adecuada, pues se trataba de regular el poder estatal<sup>24</sup>. El derecho des- pliega precisamente su racionalidad específica en la solución formal de los problemas. Mientras que las tareas materiales de gobierno pueden disponerse y dirigirse mediante normas jurídicas, el cumplimiento siempre se confía a la mera aplicación del derecho: sólo se lleva a cabo mediante la realización de los mandatos normativos. Pero esto depende de numerosos factores de hecho tales como los económicos y personales, el grado de aceptación, etc., que sólo en un grado muy limitado son jurídicamente disponibles. En cambio, el problema de la limitación y la organización del poder estatal puede resolverse, en principio, mediante la promulgación de las normas correspondientes; ciertamente, éstas también han de ponerse en práctica. La realización de las normas formales es idéntica a la aplicación del derecho. Los recursos no desempeñan papel alguno en este ámbito: el no hacer no es un bien escaso y las infracciones existentes, por regla general, pueden solucionarse en el sistema jurídico mediante la anulación del

*dingung der individuellen Freiheit*, 1973; N. Luhmann, «Politische Verfassungen...», cit., pp. 3 ss.

23. Véase N. Luhmann, «Politische Verfassungen...», cit., p. 6.

24. Más detalles en D. Grimm, «Bürgerlichkeit...», cit.

acto ilegal. Por ello, puede decirse sin exageración que el derecho, bajo las condiciones del modelo social burgués, no sólo contribuyó a la solución del problema, sino que fue la solución misma.

En particular, la limitación del Estado tuvo lugar mediante el establecimiento de barreras bajo la forma de derechos fundamentales y la mediación entre Estado y sociedad, a través del derecho organizativo bajo la forma de la división de poderes. Los derechos fundamentales limitaban el ámbito de la capacidad de regulación estatal, antiguamente concebida como plena, en el cual lo determinante no era el interés público sino el privado. De este modo, los derechos fundamentales señalaban la frontera entre el Estado y la sociedad. Considerados desde el primero, eran límites a su acción; desde la segunda, derechos de protección. Naturalmente, la libertad garantizada por los derechos fundamentales no podía carecer de límites; de lo contrario, también habrían estado protegidas las manifestaciones de la libertad que pusieran ésta en peligro, amenazando las bases del sistema. Por ello, la libertad de los individuos debía ser limitable en interés de todos los demás: en consecuencia, el Estado conservaba posibilidades de actuación en la esfera de la libertad. No obstante, la decisión fundamental en favor de la libertad individual hizo que estas acciones parecieran como intervenciones, lo que llevó a que toda la organización estatal girara en torno a la represión de los peligros resultantes de la intervención estatal.

Según esto, no pertenecía a la discrecionalidad estatal juzgar cuánto estaba autorizado para proteger la libertad interviniendo en ella; al contrario, la sociedad determinaba, a través de sus representantes electos, cuáles eran los límites de la libertad que cada individuo debía aceptar en interés de la libertad igual. La ley hizo las veces de instrumento y de esta manera pudo aparecer como *expression de la volonté générale*. El Estado recibía su programa de actuación de la ley aprobada por los derechos fundamentales basándose en una autorización legal. Tribunales independientes podían verificar, a instancia de los afectados, si la acción estatal estaba recogida en algún programa legal y desestimar, dentro de esos límites, las ilegalidades previas del Estado. El esquema clásico de la división de poderes, que debía impedir el abuso del poder público mediante el reparto de las funciones entre distintos titulares, independientes unos de otros y controlados mutuamente, se producía de manera espontánea.

## e) Balance provisional

Las condiciones de aparición de la constitución moderna (no necesariamente de su propagación posterior) aparecen más nitidamente tras este análisis. Los presupuestos generales fueron:

— en primer lugar, la construcción de un objeto constitucionalmente regulable bajo la forma de un poder estatal diferenciado y unitario; y

— en segundo lugar, la posibilidad de someter a decisión los problemas del orden: dicho de otra manera, la positividad del derecho.

Ambos presupuestos, que irrumpieron como consecuencia del cisma religioso, caracterizan, más o menos extensamente desarrollados, al moderno Estado soberano.

En cuanto a los presupuestos especiales, hay que mencionar:

— en primer lugar, el surgimiento, a raíz de una progresiva diferenciación funcional, de un grupo de población interesado en el cambio de la estructura de poder y con la fuerza necesaria para imponerlo;

— en segundo lugar, una idea-guía con respecto al orden, según la cual la sociedad era capaz de lograr la prosperidad y la justicia con sus propias fuerzas por medio de las decisiones libres de las voluntades individuales, de modo que el Estado podía abandonar su papel de dirección central y limitarse a la función de garantía, cedida por la sociedad, de un orden presupuesto e independiente de él: dicho brevemente, la separación del Estado y la sociedad;

— por último, la ruptura revolucionaria con el poder estatal tradicional y la consiguiente necesidad de construir un nuevo poder estatal legítimo y comparable con la autonomía de la sociedad.

En la medida en que estas condiciones sólo son aplicables a la burguesía moderna, al modelo social burgués y a la revolución burguesa, la constitución puede calificarse como fenómeno burgués.

## 2. Casos

### a) Francia y América

La explicación del origen del constitucionalismo moderno ha acabado por adaptarse al ejemplo francés. Naturalmente, este modo de proceder no tiene el sentido de poner en duda la prioridad americana en la constitucionalización; cuando la Asamblea nacional francesa se dispuso a elaborar una constitución, ya podía recurrir al ejemplo americano. No obstante, la decisión francesa no consistió en una sim-

ple imitación o recepción del proceso americano. La Revolución francesa no fue primariamente la implantación de un Estado constitucional dispuesto según aquel modelo: su meta se hallaba, más bien, en la transformación del orden social. Sin embargo, esta meta presuponia en cierta medida la reconstrucción del poder político, y sólo cuando esto se consiguió dio Francia el paso hacia el constitucionalismo moderno.

Esto se advierte bien en las distintas etapas de la Revolución. Ciertamente, en los *cahiers de doléances* elaborados por los distintos estamentos y círculos tras la decisión del rey de convocar de nuevo a los *États généraux* para informar y dar instrucciones a los delegados, aparecían numerosas exigencias constitucionales, pero no reivindicación alguna de una constitución en sentido moderno<sup>25</sup>. Igualmente, en la Asamblea nacional tampoco predominó desde el comienzo la evidencia de que su cometido fuera la refundación del poder: los delegados, en la persecución de sus objetivos de *restauration nationale* y *régénération de la France*<sup>26</sup>, oscilaron entre una reconstrucción de los poderes tradicionales por la vía del acuerdo con el monarca y una refundación del poder estatal por medio de la legislación. Sólo después de que el rey se opusiera a los fundamentales acuerdos de reforma del 4 de agosto de 1789, que suprimían las diferencias estamentales y los privilegios, el sistema feudal y el orden gremial, resultó evidente para los delegados que la reforma social inicialmente ambicionada no podría imponerse sino a costa del poder estatal tradicional; por ello se decidió finalmente que la tarea no era la modificación del poder sino una nueva fundación de éste, lo cual concluyó en una constitución en sentido moderno.

El camino de América hacia la constitución resultó más fácil y directo: por una parte, había recibido de Europa los ingredientes necesarios y, por otra, los obstáculos europeos habían quedado en el continente<sup>27</sup>. En este punto Francia constituye el caso más complicado a la vez que el más relevante desde el punto de vista histórico, puesto que, pese al gran interés provocado en Europa por los acontecimientos americanos, éstos fueron aplicados a la situación propia en muy escasa medida; sólo la Revolución francesa elevó la constitución a cuestión política en otros estados del continente. Por estas razones, el modelo explicativo tiene que demostrar primero su validez en el

25. Véase G. V. Taylor, «Les cahiers de 1789», *Annals* 28 (1973), p. 1495.

26. Declaración de 17 de junio de 1789; *Arch. parl.*, 8, p. 127.

27. Véase D. Grimm, «Europäisches Naturrecht und amerikanische Revolution», *Das commune* III (1970), p. 120.

ejemplo francés. Veremos ahora cómo el caso americano también está recogido en aquél.

#### b) Inglaterra

El modelo también nos permite explicar el motivo por el que Inglaterra, a pesar de ser el país económicamente más avanzado de Europa y el más liberal desde el punto de vista político y económico, carecía de constitución formal. En Inglaterra se había conseguido llevar a la sociedad a formas de relación burguesas sin una ruptura revolucionaria con el poder hereditario. Los motivos más importantes de esto se hallan, en primer lugar, en la temprana decadencia del sistema feudal que, al contrario que en el continente, hizo permeables las barreras entre nobleza y burguesía y permitió tanto el ennoblecimiento de los burgueses de mérito como la actividad empresarial de los aristócratas; en segundo lugar, en la circunstancia de que en Inglaterra la Reforma no redundase en el fortalecimiento del poder monárquico sino en la revalorización del parlamento, cuyo apoyo había buscado Enrique VIII para su ruptura con Roma. De este modo, en Inglaterra nobleza y burguesía compartían muchos más intereses comunes que en el continente y disponían en el parlamento de una representación políticamente eficaz de sus intereses, mientras que los estrados más avanzados del continente, por aquella misma época, eliminaban las asambleas estamentales y establecían el poder estatal absoluto.

Es cierto que tampoco Inglaterra se libró completamente del absolutismo. Pero las pretensiones absolutistas de los Estuardo en el siglo XVII, sin guerras civiles confesionales que viniesen en su ayuda como fundamento legitimador, llamaron a la resistencia conjunta de nobleza y burguesía. El derrocamiento de Carlos I en 1649 y la supresión de la monarquía por Cromwell constituyeron la única situación revolucionaria en Inglaterra y el hecho de que este país lograra en esa situación una constitución escrita en sentido moderno, el llamado *Instrument of Government*<sup>28</sup> (el cual, pese a la semejanza lingüística, no puede confundirse con las más o menos contemporáneas *formas de gobierno* continentales, que carecían del carácter fundador del poder), confirma la relación aquí sostenida entre ruptura revolucionaria y constitución. El carácter efímero de esta primera constitu-

28. El texto se recoge en S. R. Gardiner (ed.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1668* (reimp.), p. 405; véase además G. Stourzh, «Vom aristokratischen zum liberalen Verfassungsverständnis», en F. Engel-Janosi, G. Klingenstein y H. Lutz (eds.), *Fürst, Bürger, Mensch, 1975*, p. 97; G. Stourzh, *Fundamental Laws and Individual Rights in the 18th Century Constitution, 1984*.

ción proviene del rápido hundimiento del nuevo orden tras la muerte de Cromwell en 1658, que incrementó en el parlamento la disposición a restaurar la monarquía. La constitución, nacida de la ruptura con el poder hereditario y de la necesidad de fundar la soberanía sobre nuevas bases, devino obsoleta al soldarse esa fractura.

Finalmente, la incruenta *Glorious Revolution* de 1688 afianzó la tradición monárquica y, al mismo tiempo, la hegemonía política del parlamento. Con ello las clases dirigentes habían puesto las condiciones para instaurar legalmente un orden conforme a sus ideas y necesidades: de este modo, en Inglaterra la libertad económica dominaba ya mucho tiempo antes de que Adam Smith proporcionase su fundamentación teórica. Precisamente, y con motivo de esta liberalización alcanzada de forma paulatina, apareció también en Inglaterra el problema de cómo mantener la compatibilidad de los subsistemas sociales autónomos con el sistema político, problema que en el continente resolvería mediante la constitución. Sin embargo, también en este punto Inglaterra pudo partir de las instituciones existentes: el parlamento fue capaz de amoldarse a la función de mediación, mientras en el continente, donde se había impuesto el poder estatal absoluto, tal instancia mediadora hubo de ser previamente reconstruida.

### c) América

Las colonias inglesas en Norteamérica superaron a la metrópoli en varios aspectos. A diferencia de Europa, jamás habían conocido las barreras estamentales ni el sistema feudal y ni siquiera su desarrollo estaba limitado por la escasez de recursos. El orden social instaurado paulatinamente en Inglaterra y que en Francia hubo de crearse mediante la Revolución, en América era ya una realidad desde el principio, bien es verdad que gracias a una economía esclavista. Dejando aparte este problema (que también preocupó a los revolucionarios franceses), en ninguna parte las premisas teóricas del modelo social burgués se aproximaron a la realidad tanto como allí: hasta tal punto es así, que en América no fue necesaria la constitución para implantar el orden social burgués.

Sin embargo, América precedió a Europa en la constitucionalización del poder y el motivo se halla, una vez más, en la ruptura revolucionaria con el poder tradicional. Ciertamente, la responsabilidad de esa ruptura no puede atribuirse a la burguesía en su acepción continental, puesto que este concepto no es transferible sin reparos a la sociedad americana, carente de estamentos; pero, en un sentido no corporativo, puede considerarse burgués al conjunto de la América

de aquella época<sup>29</sup>. Esta hipótesis encuentra apoyo en la circunstancia de que los habitantes blancos no sólo eran políticamente libres sino también, en su gran mayoría, económicamente independientes y que esta independencia la habían obtenido de su actividad económica, no de empleos públicos o rentas inmobiliarias. No por ello puede afirmarse que fuera una sociedad igualitaria, aunque los estratos eran considerablemente más permeables de lo que jamás habían sido las fronteras estamentales en Europa. A lo largo del siglo XVII esta burguesía no sólo había aumentado considerablemente su fortaleza económica, sino que también había adquirido una notable conciencia política, nutrida de la amplia autoadministración que permitía el gobierno colonial inglés.

Los colonos no provocaron la ruptura revolucionaria para implantar un orden social liberal, como ocurriría en la Revolución francesa, pese a que el punto de referencia fuera el mismo. En América se trataba de defender el orden social liberal ya existente contra los abusos estatales, pues como tales se sintieron los impuestos especiales con los que Londres, tras la costosa Guerra de los Siete Años (que, no obstante, había resultado provechosa para las colonias), cargó a los americanos. Estos impuestos fueron aprobados parlamentariamente, pese a que no había en el parlamento inglés delegado americano alguno. Sin embargo, las colonias se tenían por representadas con arreglo a la teoría de la representación entonces dominante; ficción que se sostuvo mientras el parlamento no hizo ninguna diferencia entre ingleses y americanos, pero que se hizo pedazos en cuanto los delegados comenzaron a perjudicar a estos últimos. Por consiguiente, en materia de impuestos el parlamento inglés se comportó frente a las colonias de manera casi absolutista y esto, tras la inútil apelación al derecho inglés vigente, impulsó la ruptura revolucionaria con la metrópoli, que se legitimó (del mismo modo que posteriormente lo haría la Revolución francesa) mediante la referencia al derecho natural<sup>30</sup>.

Con todo, América se hallaba ante la misma situación que iba a ser determinante para Francia y que había sido meramente coyuntural en Inglaterra: la ausencia de un poder estatal legítimo y la necesidad de constituir nuevamente un poder conforme a derecho. Esta reconstrucción se llevó a cabo bajo la forma de la constitución mo-

29. Véase el panorama ofrecido por H. Gerstenberger, *Zur politischen Ökonomie der bürgerlichen Gesellschaft. Die historischen Bedingungen ihrer Konstitution in den USA, 1973*, pp. 24 ss.

30. J. Habermas, «Naturrecht und Revolution», en id., *Theorie und Praxis*, 1963, p. 52 [trad. cast. *Teoría y Praxis*, Barcelona, 1995]; D. Grimm, «Europäisches Naturrecht...», cit., p. 120.

dena, sin mayor conciencia de que se trataba de una innovación de las que hacen época. Lo que es comprensible si se tiene en cuenta que en las colonias ya había una antigua tradición de disposiciones fundamentales generales fijadas por escrito<sup>31</sup> que no se apartaban esencialmente, en cuanto a su contenido, de las normas de derecho consuetudinario vigentes en Inglaterra. Pero el carácter de fundación, de nuevo comienzo, que tuvo la colonización había favorecido que el derecho se inventarise y veritese en forma documental. Sin embargo, sería incorrecto querer ver ya en los contratos de colonización y las *Colonial Charters* constituciones modernas, pues les falta la referencia al poder estatal supremo: existentes bajo el orden estatal inglés y vigentes sólo en su ámbito, constituían ordenaciones de alcance meramente local y regional.

Con todo, la situación de vacío propia de la ruptura revolucionaria sugirió el recurso a esas ordenaciones fundamentales para construir una forma estatal propia. Algunas colonias las elevaron sin cambios al rango de constitución mientras la mayoría, apoyándose en los antiguos documentos, elaboraban nuevas constituciones<sup>32</sup>. Conforme a la doctrina del contrato social, que parecía haberse realizado ya en la fundación de las colonias, el poder se entendía en todo caso como proviniendo del mandato del pueblo y la constitución se interpretaba (desde una comprensión ingenua y literal de la teoría del contrato) como contrato fundamental de todos con todos, que servía de base al mandato y establecía las condiciones de su observancia. Ciertamente no puede esperarse del objeto de regulación, el poder estatal, ese grado de concentración que habían instituido las monarquías absolutas del continente europeo. Sin las tareas históricas del continente, en las colonias faltaba también (por lo demás, como en la misma metrópolis inglesa) su producto, el Estado plenamente racionalizado, sostenido por el ejército y la burocracia<sup>33</sup>. Sin embargo, al no haber conservado en modo alguno el sistema poliarquico medieval, se hallaban en condiciones de formar e imponer una voluntad unitaria y también, por eso mismo, estaban maduros para la constitución.

Teniendo en cuenta su génesis, las constituciones americanas no se apartaron demasiado, por lo que al contenido se refiere, de la

31. Véase G. Stourzh, «Vom aristocratischen...», cit.; *Fundamental Laws...*, cit.

32. Véase F. N. Thorpe (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters and other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies*, 1909; W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit. Die Verfassungen und politischen Ideen der amerikanischen Revolution*, 1973.

33. Véase D. Grimm, «The Modern State: Continental Traditions», en F.-X. Kaufmann, G. Majone y V. Ostrom (eds.), *Guidance, Control and Evaluation in the Public Sector*, 1986, p. 89.

situación jurídica inglesa; sin embargo, en el aspecto funcional la sobrepasaron en un sentido decisivo. El principio de la soberanía del parlamento era la base del derecho estatal inglés. En tales circunstancias el significado jurídico de los *rights of Englishmen*, considerados como fundamentales, tenía que reducirse a una obligación para el ejecutivo. Por el contrario, el parlamento, precisamente en su condición de representante de los titulares del derecho y garante de los derechos fundamentales, podía disponer libremente de ellos en el ejercicio de sus funciones. Las colonias americanas habían experimentado la acción del parlamento no como protección sino, por el contrario, como amenaza a los derechos fundamentales: por este motivo tales derechos se situaron por encima incluso de aquél, constituyéndose así como derechos fundamentales y dándose de este modo el paso hacia la constitución en sentido moderno<sup>34</sup>.

#### d) Suecia

Por consiguiente, las constituciones americanas se ajustan sin quebranto alguno a este modelo explicativo, que aún ha de probar su capacidad para explicar tanto las constituciones previas a las revoluciones americana y francesa como aquellas otras que, si bien nacieron enlazadas a éstas, carecían del presupuesto, resaltado aquí, de una burguesía fortalecida que quisiera imponer un orden social liberal mediante la ruptura con el orden político tradicional. La forma de gobierno sueca de 1772 se considera frecuentemente como una constitución previa a las constituciones. Sin embargo, no se trata de una primitiva: al contrario, Suecia podía volver la vista atrás hacia una larga tradición de formas de gobierno, iniciada en 1634<sup>35</sup>. Desde el punto de vista temporal, la primera de ellas se relaciona con las compilaciones de origen estatal, asimismo llamadas con frecuencia formas de gobierno, que habían entrado en escena a mediados del siglo XVII y que ya han sido mencionadas: también en cuanto al contenido, ésta se alinea junto a dichas compilaciones. Aprobada por los

34. Véase G. Stourzh, «Die Konstitutionalisierung der Individualrechte: JZ (1976), p. 397; id., «The Declarations of Rights, Popular Sovereignty and the Supremacy of the Constitution: Divergences between the American and the French Revolutions», en C. Fohlen y M. I. Godochot (eds.), *La Révolution américaine et l'Europe*, 1979, p. 347.

35. E. Hildebrand (ed.), *Sveriges Regeringsformer 1634-1809*, 1891; M. Roberts, «On Aristocratic Constitutionalism in Swedish History», en id., *Essays in Swedish History*, 1967, p. 14; G. Oestrich, «Vom Herrschaftsvertrag...», cit., pp. 53 ss.; N. Herlitz, *Grundzüge der schwedischen Verfassungsgeschichte*, 1939, p. 185.

estramentos con motivo del gobierno tutelar durante la minoría de edad del heredero al trono tras la muerte de Gustavo Adolfo, afianzó los derechos corporativos frente al poder monárquico y reorganizó la estructura de la Administración.

En la ajetreada historia de Suecia, que jamás superó el dualismo monárquico-estramental, oscilante entre la supremacía estramental y la real, cada cambio en las relaciones de poder se reflejaba en la modificación de la forma del gobierno existente o en la promulgación de una nueva. La forma de gobierno de 1772 señala una etapa en ese enfrentamiento, en la cual el monarca había hecho retroceder considerablemente los derechos estramentales y buscaba fijar esa victoria en términos jurídicos. Por consiguiente, la forma de gobierno de 1772 no es una forma temprana de constitución moderna (lo que permitiría poner en cuestión el modelo explicativo), sino una forma tardía de la, por otra parte, jamás interrumpida tradición de las formas de gobierno estramentales. Como éstas, comparece con las constituciones modernas la pretensión de regular completamente el poder estatal, si bien carece tanto del elemento de fundamentación del poder como del carácter universal y se halla, más bien, dentro del marco tradicional del Estrado dual.

#### e) Alemania y otros países

Tras la Revolución francesa, las constituciones se multiplicaron en Europa. Polonia había recibido una el 3 de mayo de 1791, incluso antes de la terminación de la primera constitución francesa; después, la constitución siguió la estela del ejército francés y, apoyada en la situación constitucional francesa entonces en boga, se desplegó sobre Italia, Suiza, Holanda, Alemania y España<sup>36</sup>. El fin de la hegemonía de Napoleón sobre Europa significó también el de esas constituciones, pero no el del movimiento constitucional en general. Por el contrario, la constitución en sentido moderno permaneció como la gran cuestión de la política interna de Europa: en diferentes países europeos, en particular en una serie de estados alemanes, se publicaron, sin presión exterior alguna, constituciones influidas en su estructura básica, sobre todo, por la *Charte Constitutionnelle* francesa de 1814. De la mayoría de estas constituciones, y en particular de las alemanas, se puede decir que las condiciones que hemos desarrollado aquí

36. Una vista de conjunto se ofrece en D. Grimm, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung», en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/1, 1982, pp. 39 ss.

como determinantes de la constitución moderna no se daban de forma plena. Por regla general, en la época de la constitucionalización, faltaba aún una burguesía con poder de decisión y, en consecuencia, también la ruptura revolucionaria que había engendrado las primeras revoluciones modernas en América y Francia.

Cabe preguntar si ello devalúa el modelo explicativo, por lo cual es preciso considerar con mayor atención qué explica. La investigación se refiere al *origen* de la constitución moderna, origen vinculado a la constelación de condiciones descrita. Su *propagación* no estaba sujeta a esas mismas condiciones; una vez creada, podía trasplantarse a otras circunstancias o usarse para otros fines. En este proceso repercutieron, por una parte, las demandas crecientes de esos pueblos que tras las adquisiciones jurídico-constitucionales no habían tenido oportunidad o fuerza suficiente para llevar a cabo una revolución burguesa, pero también la posibilidad que se ofrecía a los gobernantes para aumentar la legitimidad de su poder mediante esas mismas formas jurídico-constitucionales; por otro lado, desempeñó nueva mente un papel indispensable la necesidad de mediación entre Estado y sociedad, cuya creciente diferenciación funcional ganaba terreno también en los estados no burgueses o, incluso, había sido activada políticamente con motivo de la competencia económica. No obstante, debe observarse que, en la misma medida en que faltaban las condiciones necesarias para su aparición, esas constituciones no fueron sino un paso pequeño hacia el tipo moderno de constitución, inferior al que supusieron las producidas en América y Francia. Esto condujo a un considerable vaciamiento del significado de la constitución, que ya no resultaba útil para su fin originario de legitimación y limitación del poder político sino tan sólo para suscitar la apariencia formal de ese servicio, como en el caso de la Francia napoleónica.

También la constitución polaca de 1791 (cuya prioridad temporal en Europa podría despertar dudas sobre la capacidad del modelo explicativo), si la observamos con detalle, se muestra como una imitación reducida del nuevo concepto<sup>37</sup>. Sus comienzos se remontan a los esfuerzos en favor de una reforma del Estado, desencadenados por la primera partición de Polonia en 1772. Polonia, donde se había conservado la hegemonía estramental bajo un vértice monárquico y donde estaba aún vigente el *liberum veto*, había percibido, con motivo de la partición, su retraso estatal frente a sus vecinos gobernados

37. Vase G.-C. Y. Unruh, «Die polnische Konstitution vom 3. Mai 1791 im Rahmen der Verfassungsentwicklung der europäischen Staaten»: *Der Staat* 13 (1974), p. 185; D. Grimm, «Die verfassungsrechtlichen...», cit., pp. 41 ss.; V. Kalinka, *Der vierhundertjährige polnische Reichstag 1788-1791*, 3 vols., 1898.

de manera absolutista y se dispuso a limitar el poder nobiliario y fortalecer el poder ejecutivo de la monarquía. De este modo, y bajo la influencia de la Ilustración, se puso rumbo a un resultado similar al de las monarquías absolutas, si bien desde un punto de partida opuesto. Resultó fácil conducir estos planes a la forma constitucional tras el nacimiento de la constitución americana y los trabajos en la francesa, cuya parte relativa a los derechos fundamentales ya existía desde 1789; tanto más si se considera que una serie de reformistas polacos había combatido en la guerra de la independencia americana y se hallaba en relaciones con los revolucionarios franceses. El país, liberado de la carga absolutista, fue receptivo a la idea de la división de poderes. En cambio, la constitución no ofrece duda alguna de que no se pretendió fundamentar el poder sobre la base de la libertad burguesa.

No se tienen en cuenta aquí las constituciones promulgadas en Europa entre 1796 y 1810 puesto que, casi sin excepción, no fueron creaciones independientes, sino resultados de la presión francesa y por ello carecen de importancia en este contexto. De modo que, para concluir esta comprobación, hemos de analizar el caso de Alemania, donde hubo constituciones independientes tras el final de la era napoleónica. Común a todas ellas es el hecho de haber sido otorgadas voluntariamente por los monarcas en interés de la conservación de la dinastía<sup>38</sup>; por consiguiente, el fundamento de su validez jurídica se hallaba en la voluntad del príncipe. Esto tuvo como consecuencia que su derecho como soberano precediera a la constitución sin fundarse en ella. Por ello, a las constituciones alemanas les faltaba el elemento fundacional del poder, característico del constitucionalismo moderno. La constitución se refería sólo al ejercicio del poder y en eso se hallaba próxima a los antiguos vínculos jurídicos de éste.

Con todo, tales constituciones se asemejaban a las modernas en la manera de regular ese ejercicio: a diferencia de los antiguos vínculos contractuales, exigían la completa regulación normativa del ejercicio del poder. Ciertamente, en favor de los monarcas existía aún una presunción de competencia derivada de su soberanía preconstitucional, puesto que la constitución no había hecho participar expresamente a otro órgano en el proceso de decisión; sin embargo, era posible examinar la conformidad de todo acto del monarca con la constitución. Además, las constituciones ya no se referían, como las

38. Véase la caracterización en E.-W. Böckenförde, «Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie», en W. Conze (ed.), *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, 1967, p. 70, impreso nuevamente en la obra del primero *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, p. 112.

antiguas formas de gobierno, a la relación entre el monarca y los estamentos, sino que eran universalmente válidas: ordenaban la relación entre el monarca y el pueblo. A este respecto, la constitución sirvió de base a la separación entre Estado y sociedad, aunque la falta de una revolución burguesa y la persistencia de las estructuras estatal-corporativas hicieron que fuera desarrollada de manera mucho menos consecuente que en los Estados burgueses. Había, no obstante, derechos fundamentales, que se basaban en una incipiente expansión de la autonomía de los subsistemas sociales y únicamente accesibles a la intervención del Estado mediante la sanción social en forma de ley parlamentaria<sup>39</sup>.

Aunque el otorgamiento de la constitución hubiese sido producto de la libre decisión del monarca, éste ya no podía liberarse de esos vínculos a voluntad; por el contrario, las modificaciones de la constitución se remitieron a la vía de la legislación, requiriendo por ello el consentimiento del parlamento. Por consiguiente, una vez otorgadas, las constituciones se separaron de la voluntad del monarca para oponérsele como barreras externas. La exigencia de regulación completa, la universalidad de sus normas y el efecto vinculante, ya no disoluble de manera unilateral, relativizaron en la práctica la carencia de la fuerza fundamentadora del poder y acercaron las constituciones alemanas del siglo XIX al tipo moderno de constitución; sin embargo, su adaptación evolutiva a dicho tipo quedó bloqueada de modo que, al final, también en Alemania fue precisa la ruptura revolucionaria con el poder hereditario para implantar plenamente, con considerable retraso, la constitución moderna.

### III. SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONSTITUCIÓN

#### 1. Una necesidad persistente

Las condiciones que hicieron posible el surgimiento de las constituciones modernas, hace más de doscientos años, han cambiado; esto obliga a preguntarse si la constitución puede desprenderse de las circunstancias en las que surgió y mantenerse bajo nuevos presupuestos. Los indicios externos abogan en favor de ello, pues la constitu-

39. Véase W. v. Rumscha, *Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus*, 1973; R. Wahl, «Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus»: *Der Staat* 18 (1979), p. 321; D. Grimm, «Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung», en id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 192.

ción ha encontrado, entretanto, una difusión universal y no sólo se encuentra en los sistemas políticos situados en la tradición del liberalismo burgués. Con todo, esta circunstancia no sólo prueba la persistente fuerza de atracción del pensamiento constitucional sino, quizá, también la falta de otras opciones capaces de solucionar los problemas de la legitimación y limitación del poder político. Simultáneamente, esto le otorga una cierta utilidad para los mismos gobernantes, a los cuales la constitución promete una mayor protección y aceptación del poder. En cambio, la difusión universal de la constitución nada demuestra sobre su actual eficacia.

En un sentido, la situación especial de la que resultó originariamente la constitución se ha convertido hoy, efectivamente, en regla: al ejercicio del poder ya no puede reconocerse un sujeto legítimo con carácter previo, trascendente u originario. De este modo, la situación de vacío posterior a la revolución contra un poder independiente del consenso, que justificaba la necesidad de una nueva constitución del poder, está, por así decirlo, permanentemente latente. La autorización para el ejercicio del poder depende de la delegación y del consenso; no obstante, también en estas circunstancias son necesarias reglas jurídicas que determinen cómo debe realizarse y ejercerse el poder estatal si éste pretende legitimarse. Esto no ocurre en todos los sistemas políticos con el fin de limitar el poder; más bien, la constitución sigue teniendo su más firme apoyo en la necesidad de derivarlo y organizarlo.

Con independencia de esto, se observan evoluciones que disminuyen la capacidad reguladora del derecho constitucional frente al poder estatal y cuestionan su aptitud para resolver problemas en el presente. Con ello no me refiero ni al extendido constitucionalismo aparente ni a la exigencia jurídico-constitucional, aún ausente en muchos lugares, de imponerse judicialmente: ambos se dieron desde el principio. Se trata, más bien, de obstáculos estructurales al control jurídico de la política, que resultan nuevos bajo esta forma. Tienen su causa en la variada correlación de problemas que diferencia a la sociedad industrial, altamente compleja, de las sociedades burguesas de orígenes preindustriales, problemas que han cambiado tanto la función como la naturaleza del Estado. En lo referente a las condiciones de aparición de la constitución moderna, han afectado al orden social subyacente al derecho constitucional y al objeto de regulación de éste.

## 2. *La materialización de las tareas del Estado*

El modelo social burgués no ha sido capaz de cumplir las promesas a él asociadas. Ciertamente, liberó a la economía de sus ataduras, contribuyendo a un insospechado crecimiento de la prosperidad; pero el justo equilibrio de intereses, igualmente esperado, no llegó. Tras la revolución industrial, el modelo social burgués, referido a relaciones preindustriales, perdió la pretensión de hacer llegar sus beneficios a toda la sociedad. Por el contrario, dejó una división en clases no menos escandalosa que la diferencia estramental precedente; la premisa de la capacidad de autogobierno de la sociedad se quedó así sin su base. Si la meta de la libertad igual debía mantenerse, los medios habían de ser modificados: ya no podía esperarse que la justicia social resultara automáticamente del libre juego de las fuerzas sociales, sino que de nuevo había de ser alcanzada por medios políticos. Esto condujo a la materialización del problema de la justicia. En consecuencia, el propio Estado debía abandonar el papel de mero garante de un orden presupuesto y presuntamente justo y reestructurar activamente ese orden en función de metas materiales determinadas.

Esto comporta consecuencias para la constitución, puesto que no está adaptada a la solución de problemas materiales ni puede adaptarse a esa función sin problemas. La fuerza reguladora de la constitución se hundió como consecuencia de la reorganización del orden estatal liberal en el moderno Estado de bienestar. Por ello, la merma de congruencia existente entre la situación del problema social y la respuesta jurídico-constitucional se relaciona, en primer lugar, con la característica del nuevo modo de actividad estatal, que ya no es la intervención concreta en la esfera de libertad reservada en principio a la decisión individual, sino una actividad planificadora, directiva y ejecutiva. Esto vacía por completo el derecho constitucional en lo referido al control de la intervención: puesto que las nuevas actividades estatales no constituyen intervención alguna, no necesitan un fundamento legal, y donde no existe este fundamento legal tampoco entra en acción el principio de legalidad de la Administración. Esta, al actuar en un espacio ajurídico, rechaza también su control judicial: de este modo, las más importantes formas del Estado de derecho y de la democracia pierden su función.

Evidentemente, este peligro no ha pasado inadvertido: tanto la jurisprudencia como la doctrina han intentado cubrir este déficit desde el punto de vista democrático y del Estado de derecho extendiendo el concepto de intervención y de sujeción a la ley. Sin embargo, parece que esto sólo es posible de manera limitada, y eso por dos

razones. En primer lugar, los problemas materiales, al contrario que los formales, no pueden solucionarse en el plano normativo. Es verdad que el derecho puede ordenar su solución de forma obligatoria; pero el cumplimiento de los preceptos normativos depende en gran medida de factores extrajurídicos, por lo cual la realización de la constitución (que no tropezó con problema alguno de falta de medios mientras se limitó a levantar barreras) cae bajo la salvedad de lo posible. En segundo lugar, las funciones de configuración estatal, a diferencia de las de garantía, también eluden un control jurídico pleno. El Estado, en cumplimiento de su función de garantía, actúa de manera retrospectiva y concreta. Las actividades estatales de este tipo son relativamente bien determinables: la norma define los hechos que se consideran perturbadores del orden y determina en su consecuencia jurídica las medidas que puede tomar el Estado para restablecerlo. Frente a esto, la actividad material del Estado actúa de manera prospectiva y abarcadora. Esta actividad se muestra tan compleja que ya no puede anticiparse intelectualmente y, por ello, tampoco abarcarse de manera plena por las normas jurídicas: allí donde nos encontramos ante el objetivo de alcanzar ciertas metas, las exigencias del derecho constitucional, por motivos estructurales, se cumplen sólo limitadamente.

### 3. *La difusión del poder estatal*

La constitución moderna estaba referida a la diferencia entre Estado y sociedad. La sociedad fue despojada de todos los medios coactivos y dejada a su arbitrio; el Estado fue dotado del monopolio de la violencia y consecuentemente limitado. Sólo esa diferencia permitiría la intervención racional de la constitución moderna en el Estado: ciertamente, regulaba la relación del Estado y la sociedad, pero por principio ésta se hallaba en la posición del autorizado y aquí en la del obligado. Entretanto, a la vista de las nuevas tareas estatales, también desapareció esta diferencia y con ella, una vez más, el potencial regulativo de la constitución. También esto puede afirmarse en un doble sentido.

En primer lugar, la expansión del derecho de sufragio está ineludiblemente acompañada del nacimiento de partidos políticos, no previstos originariamente en las constituciones. Aún hoy, muchas de ellas los pasan por alto y, sin embargo, son los poderes determinantes de la vida política; con todo, allí donde están sometidos a normas jurídico-constitucionales, éstas manifiestan una singular debilidad regula-

dora. La razón es que los partidos no se asientan sobre el sistema dualista de Estado y sociedad: actúan como instancias mediadoras entre el pueblo y los órganos del Estado, rompiendo así la frontera constitutiva entre Estado y sociedad, necesaria para que la constitución pueda cumplir sus funciones. Son las instituciones que ocupan los órganos del Estado bajo el mandato personal y programático del pueblo. Esto tiene como consecuencia que, si se mira atentamente, la presencia de los partidos políticos se advierte tras todos los órganos estatales. Han alcanzado esa posición antes de que pueda intervenir la división jurídico-constitucional del poder, lo cual no conduce precisamente a que los órganos estatales independientes se controlen entre sí, como prevé la constitución, sino más bien a que los partidos políticos cooperen consigo mismos en diversos papeles.

En segundo lugar, la frontera del sistema entre Estado y sociedad se difumina merced a la transformación de la actividad estatal. Hace mucho tiempo que ya no consiste sólo en garantizar un orden presu- puesto: hoy el Estado se hace cargo de la dirección global del desarrollo social. Y ciertamente, la ampliación de sus cometidos no se acompaña con el aumento de su fuerza coactiva. El sistema económico, protegido por los derechos fundamentales, se encuentra en manos privadas. Esto tiene como consecuencia que el Estado, para el cumplimiento de una gran parte de sus nuevas tareas, carezca de los métodos específicamente estatales, el mandato y la coacción, para disponer tan sólo de medios de motivación de efecto indirecto; por consiguiente el Estado depende, para la persecución de sus cometidos, de la disposición a obedecer de los actores privados. Éstos se encuentran frente a él en una posición de negociación y lo que formalmente aparece como una decisión estatal, materialmente es el fruto de un proceso de negociación en el cual el poder público y el privado participan en una mezcla difícilmente disoluble. Los grupos sociales privilegiados participan así en la ejecución de las funciones estatales y empujan nuevamente al sistema a regresar al viejo orden de los centros de poder dispersos e independientes. En igual medida se hunde el poder vinculante de la constitución, que ya no abarca toda la producción de decisiones colectivas obligatorias ni tampoco a todos los titulares de la decisión. A despecho de su pretensión, su función vuelve a ser la de un orden parcial y adopta rasgos de la antigua vinculación del poder, concreta y particular<sup>40</sup>. Puede prede-

40. Las reflexiones que sostienen esta conclusión se exponen detalladamente en otros lugares; véanse, entre otros, D. Grimm, «Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft», «Die politischen Parteien».

ciarse que este proceso, cada vez más evidente, reactivará el interés hacia la constitución material.

[Traducción de Raúl Sanz Burgos]

3

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN CON EL ORIGEN DE LA SOCIEDAD BURGUESA

I

#### 1. El concepto de derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y pertenecen al programa del moderno Estado constitucional, del cual proceden. Por lo general, en la ciencia histórica no existe la necesaria claridad en este punto; al contrario, es frecuente la propensión a contemplar toda libertad jurídica, es frecuente la propensión a introducirlos en un nuevo derecho constitucional se remontarían lejos en la historia y el mismo derecho fundamentales no haría sino comenzar con éste, único estadio de su desarrollo: su validez no comenzaría con éste, únicamente se ampliaría su alcance<sup>1</sup>. Es cierto que los derechos fundamentales constituyen una forma histórica de protección jurídica de la libertad y como tales se sitúan en una larga tradición; sin embargo, no debe perderse de vista que constituyen una forma específica de protección jurídica de la libertad que rompió con sus precursoras en

1. Comparar, a modo de ejemplo, las contribuciones de W. Schulze, «Der bürgerliche Widerstand und die Rechte der Menschheit», en G. Birsich (ed.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, Göttingen, 1981, espec. la p. 56, y de B. Suter, «Der Schutz der Persönlichkeit in mittelalterlichen Rechts- und historischen Genese der modernen Grund- und Freiheitsrechte», en G. Birsich (ed.), *Grund- und Freiheitsrechte von der sündischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen, 1987, p. 17. También se echa en falta una distinción clara entre los postulados jurídicos fundamentales y la validez jurídica de los derechos fundamentales en la obra estándar de G. Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, Berlin, 1968, 21978.

77

«Verbände und Verfassung» y «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991; «Die Sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat», en *id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, p. 138; «Grundrechte und soziale Wirklichkeit», en W. Hassmer *et al.* (eds.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, 1982, p. 39; «Verfahrenfehler als Grundrechtsverstöße», *NWZ*, p. 865. Liega a conclusiones análogas E.-W. Böckenförde, «Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie», *Der Staat* 15 (1976), p. 457.

76

aspectos esenciales y que es precisamente de esta ruptura de donde han extraído hasta hoy su persistente atracción. Por tanto, si se quiere comprender la particularidad de los derechos fundamentales, es recomendable preguntarse por las diferencias entre las antiguas formas de protección jurídica de la libertad y los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones modernas, que añanzan jurídicamente la transformación ocasionada por la vía revolucionaria.

La formulación más precisa de esta diferencia se contiene en el artículo 1 de la *Virginia Bill of Rights*, del 26 de agosto de 1776<sup>2</sup>, que declara: «... that all men are by nature equally free». Con ello se aparta básicamente en tres sentidos de las antiguas formas de protección jurídica de la libertad, engendrando nuevas relaciones en lo referente a los titulares, al fundamento de validez y a las categorías que de ahí derivan, así como al contenido de las garantías de los derechos. Los titulares de esas libertades que deben protegerse de manera jurídico-fundamental son todos los hombres. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francesa, del 26 de agosto de 1789<sup>3</sup>, lo pone de relieve ya en el título. Además, en las disposiciones particulares de ambos documentos se reiteran las formulaciones *no man, all men, any person y nul homme, chaque homme, tout homme*. Por el contrario, las antiguas libertades jurídicas no se habían fundado en la cualidad de persona, sino en un *status* socialmente determinado o en la pertenencia a una determinada corporación, y sólo excepcionalmente a los privilegiados de forma individual<sup>4</sup>. Las libertades derivaban de la pertenencia al estamento o eran concedidas como privilegios; por tanto, su validez era particular, a diferencia de los derechos fundamentales, que corresponden al individuo en general y cuya validez se funda en el carácter *universal* de la persona.

La *Bill of Rights* menciona también el fundamento de la universalidad de los derechos de libertad: los hombres los poseen *por naturaleza*. De manera análoga se dice en el artículo 1 de la *Déclaration* que los hombres han nacido libres e iguales en derechos. Con esto se afirma nada menos que la indisponibilidad de los derechos de libertad,

2. El texto puede hallarse, por ejemplo, en F. Hartung, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*, Göttingen, 1972, p. 40.

3. En la p. 44 de la mencionada recopilación.

4. Para la caracterización de las antiguas libertades véanse, por ejemplo, O. Brunner, «Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft», en *Festschrift Th. Mayer, Konstanz, 1954*, p. 293; K. v. Raumer, «Absoluter Staat, korporative Libertät, persönliche Freiheit», en H. H. Hofmann (ed.), *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, Köln, 1967, p. 173.

que corresponden a los hombres como *inherent rights*, como continúa la *Bill of Rights*: «of which... they cannot by any compact deprive or divest their posterity». La existencia del Estado, según la clara afirmación del artículo 2.º de la *Déclaration*, sólo se acepta en aras de su defensa: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme». En cambio, las antiguas garantías jurídicas de la libertad (tanto las fundadas de modo tradicional como las otorgadas por el soberano) estaban asociadas al Estado, al tratarse siempre de derecho positivo. Como tales podían igualmente ser modificadas, si bien en su mayoría sólo mediante acuerdo. No hay duda de que los derechos naturales del hombre se transformaron asimismo en derecho positivo mediante la promulgación de las declaraciones de derechos. Pero no había en ello creación alguna, sino exclusivamente reconocimiento de esos derechos; su recepción en la constitución, a la cual el poder público debía su existencia y sus competencias, tenía justamente el sentido de anteponerlos a éste de manera incondicionada. Por eso los derechos fundamentales no sólo son difícilmente modificables, sino incluso refractarios a la modificación y, en tanto que tales, derecho *jerárquicamente preeminente*.

Como bien protegido incondicionalmente por los derechos fundamentales, la *Bill of Rights* señala la libertad igual. El artículo 4.º de la *Déclaration* francesa parafrasea aquélla con las siguientes palabras: «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce, qui ne nuit pas à autrui». Por consiguiente, la libertad no está ordenada a un fin o sometida a una función sino que es en sí misma un fin y, como tal, un poder de uso discrecional. Una libertad así entendida no admite otros límites «que celles, qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits». En cambio, los sistemas sociales antiguos, basados en un bien común preexistente y materialmente definido, imponían en primer lugar a los miembros de la sociedad vínculos y obligaciones. Por el contrario, las libertades existían como meros privilegios o condiciones previas al cumplimiento de una función social; de ahí que la puesta en práctica de dicha función esviese no sólo dirigida, sino también limitada. Por la misma razón, las antiguas garantías jurídicas de la libertad no podían tener por objeto sino libertades meramente particulares que coexistían, por lo demás, con un sistema de ausencia general de libertad. A diferencia de esto, los derechos fundamentales significan una decisión del sistema *en favor de la libertad*, sin más. Al renunciar de antemano a un ideal establecido de virtud, definido de forma material, el bien común que persiguen consiste precisamente en posibilitar la autodeterminación individual.

Bien es verdad que la decisión básica en favor de la libertad se configura en las declaraciones de derechos en garantías particulares de ésta; pero esto no cambia el hecho de que no se trata de libertades concretas, sino de determinaciones históricas del principio general de libertad referidas, en sentido negativo, a aquellas prácticas estatales o vínculos de obligación más antiguos que los artífices de las declaraciones de derechos habían sentido como especialmente opresivas. Con numerosas diferencias de detalle, es posible identificar cuatro grupos de derechos fundamentales, siempre recurrentes. El primer grupo asegura la libertad de la persona y la esfera privada: a él pertenecen, entre otras, la libertad personal entendida como abolición de todas las relaciones privadas de dominio y la libertad frente a detenciones y castigos arbitrarios, así como la garantía del espacio vital privado. El segundo grupo se refiere al ámbito de la comunicación y asegura las libertades de conciencia, de prensa y de opinión, así como las de asociación y asamblea. El tercer grupo atañe a la vida económica y garantiza, sobre todo, las libertades de contratación y empresa, además del derecho de propiedad. Por último, el cuarto grupo apunta hacia la igualdad; su contenido resulta de la reacción contra la sociedad estamental y no se entiende cómo igualdad social, sino jurídica: igualdad en la libertad.

Cuando se tiene en cuenta los ámbitos de aplicación y las características de los derechos fundamentales (los cuales o bien no habían existido hasta entonces o bien, en todo caso, no se habían dado de forma acumulativa), queda claro en qué medida rompieron con la tradición para constituir un orden nuevo. Con su referencia a la libertad individual, se dirigían contra un modelo de ordenamiento basado en un ideal de virtud definido materialmente que, por ello mismo, lejos de reconocer a individuos o a grupos sociales autodeterminación alguna, primariamente imponía obligaciones y no otorgaba sino derechos derivados y funcionalmente condicionados. Al basar la posición jurídica en la persona en sentido natural, con la igualdad jurídica que de ello se desprende, se dirigían contra la sociedad estamental, que, a diferencia de aquélla, descansaba en el *status* o en la pertenencia a un estamento o una corporación y se caracterizaba por la desigualdad de derechos y por los privilegios. Al otorgar prioridad a la autodeterminación individual y a la autonomía de los subsistemas sociales frente a la política (mediada por aquélla y garantizada de forma sectorial), se dirigían contra el Estado absoluto principal, que había monopolizado el conocimiento del bien común, lo cual había derivado en una competencia absoluta para dirigir tanto la vida individual como el desarrollo social.

## 2. El carácter burgués de los derechos fundamentales

A la vista de la validez universal que distingue a los derechos fundamentales de las antiguas formas de protección jurídica de la libertad, es evidente la necesidad de precisar en qué medida deben ser éstos considerados expresión, precisamente, de los intereses y las ideas burguesas. La coincidencia temporal entre la transición de la sociedad estamental a la burguesa y la aparición de los derechos fundamentales, lejos de proporcionar explicación alguna al respecto, no hace sino confirmar la legitimidad de la pregunta. Más bien, sólo es posible hablar de una conquista específicamente burguesa si se comprueba la existencia de una relación interna entre burguesía, libertad individual y protección de la libertad por los derechos fundamentales. La circunstancia de que la burguesía misma constituyera un estamento incluido, como tal, en la sociedad estamental podría despertar alguna duda; no obstante, esta circunstancia no puede afirmarse sin matices en lo referente a la época en cuestión. Con el curso del tiempo se había constituido una capa de grandes comerciantes relacionados con el extranjero, empresarios de manufacturas y banqueros, así como de funcionarios de la Administración y de la enseñanza, profesionales liberales y literatos (procedentes en su mayoría del estamento burgués tradicional, resultado de las necesidades económicas y administrativas de los modernos estados absolutos) que fue incluida, ciertamente, en el estamento burgués de la sociedad estamental subsistente, pero de cuyo núcleo histórico de artesanos urbanos y comerciantes, no obstante, se distingue claramente por su conciencia e intereses<sup>5</sup>.

Este nuevo estrato burgués, al que su función había configurado de forma más racional que tradicional, vio obstrucido el crecimiento de desarrollo de sus potencialidades por un orden basado en los límites estamentales, los vínculos corporativos y feudales y el paternalismo estatal, lo que hizo que comenzase a reflexionar críticamente. La reflexión podía orientarse en ocasiones de un modo más teórico-filosófico, otras veces en un sentido más económico-práctico; paría, por tanto, ya de la incapacidad del hombre para perfeccionarse moralmente en una situación que no fuera de libertad, ya de la aceptación de que el rendimiento de la sociedad crece en su conjunto en un sistema de libre desarrollo del individuo: las re-

5. Véanse, por ejemplo, J. Kocka, «Bürgertum und Bürgerlichkeit als Probleme der deutschen Geschichte vom späten 18. bis zum frühen 20. Jahrhundert», en *Id., Bürger und Bürgerlichkeit im 19. Jahrhundert*, Göttingen, 1987, p. 21; R. Vierhaus (ed.), *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung*, Heidelberg, 1981; R. Pénou, *Histoire de la bourgeoisie en France*, 2 vols., Paris, 1960-1962; J. Kaynor, *The Middle Class*, London, 1969.

flexiones sobre el orden social siempre desembocan en la libertad, en el sentido ya expuesto de autodeterminación individual como principio conductor. Por ello, ese estrato (al contrario que el grupo dirigente de la antigua burguesía estamental) no aspiró desde un principio a la ampliación de sus privilegios ni tampoco a la conversión de la estructura de privilegios en su beneficio: el Tercer Estado, por razón de su preponderancia numérica y de la creciente importancia de sus logros sociales, se concebía a sí mismo como Estado General, cuya pretensión no era sino el pleno allanamiento de la jerarquía estamental<sup>6</sup>. Sus exigencias, por tanto, podían formularse universalmente: libertad igual para todos.

Este modo de entender la libertad llevaba necesariamente aparejada una reestructuración del sistema de dominación. Favorecidas por la libertad individual de decisión, las diferentes esferas sociales (economía, ciencia, religión, arte, educación, familia, etc.) hubieron de emanciparse del control político y seguir sus propios criterios de racionalidad. La producción de cohesión social y la creación de un justo equilibrio de intereses se transfirieron así al mecanismo del mercado, que debía cumplir esta tarea de manera más segura y respetuosa que la dirección política centralizada. Ciertamente, esto no hizo superfluo al Estado, dado que una sociedad despojada de todas las competencias del poder y de los medios coercitivos, desintegrada en individuos sin cohesión entre ellos y autorizados para comportarse según su arbitrio, no era ya capaz de garantizar por sí misma la condición previa para conseguir su fin: la libertad igual. Se hizo necesaria una instancia situada fuera de la sociedad y dotada de un poder coercitivo legal, que fue precisamente el Estado. Sin embargo, como consecuencia de la capacidad de autogobierno de la sociedad, aquél perdió su competencia de dirección centralizada y debió contentarse con una función auxiliar para la sociedad burguesa. Sus tareas quedaron reducidas a prevenir los peligros para la libertad de aquélla y a reconstruir el orden de libertad una vez que la perturbación hubiese tenido lugar.

En un sistema como aquél, a finales del siglo XVII, no podía existir interés general alguno por mucho que se formulara de manera universal y se prometiese a todos participar en sus beneficios. Para el monarca aquello significó la degradación de su persona a órgano estatal al servicio de una sociedad que había devenido autónoma. Este orden les costó a los estamentos superiores sus privilegios: el noble

6. Véase E. J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, Paris, 1789; edición crítica a cargo de R. Zapperi, Gené, 1970; en alemán, en E. Schmitt y R. Reichardt (eds.), *Emmanuel Joseph Sieyès. Politische Schriften 1788-1790*, Neuwied, 1975, p. 117 [trad. cast. ¿Qué es el tercer estado?: ensayo sobre los privilegios, Madrid, 2003].

no sólo fue privado de su base económica, sino que perdió toda función y hubo de buscar un medio de vida burgués en un sistema de competencia. La Iglesia perdió el apoyo estatal y el monopolio de la verdad y el sacerdocio se convirtió en profesión privada. Los viejos estratos burgueses, protegidos por el sistema gremial y los monopolios del comercio y la industria, veían en una economía reorganizada en términos de competencia más peligros que posibilidades de éxito. A los estratos inferiores les faltaban los medios materiales para poder hacer uso efectivo de la libertad jurídica en el nuevo sistema. De este modo, en la situación originaria se vieron favorecidos, sobre todo, tanto la nueva burguesía (que además se presentaba como la más importante defensora de la idea) como, a condición de que existiera una dotación suficiente de tierra, el campesinado, pese a que este último carecía de una conciencia equivalente a la de aquélla. Así pues, se puede hablar con razón de un modelo social burgués, lo que no excluye de suyo que también lo apoyaran los miembros más preparados de otros estamentos o los que esperasen beneficiarse de ello.

No obstante, en conjunto el modelo social burgués hubo de concebirse con la oposición, sobre todo, de los monarcas, la Iglesia y los estamentos privilegiados. Lo que hizo comprender a sus defensores que no bastaba con trasladar el nuevo orden del concepto a la realidad (para lo cual no habrían sido necesarios los derechos fundamentales, sino exclusivamente simples derechos); era preciso conferirle también una elevada estabilidad para asegurarlo contra nuevos episodios de control externo. Especialmente peligroso resultaba el Estado, que, como titular del monopolio de la violencia, disponía de los medios para introducirse en el autogobierno social y adulterar la meta del sistema. Si el Estado caía en malas manos o si sus funcionarios desarrollaban intereses propios de organizaciones específicas, el logro del bien común y la justicia no podía sino frustrarse. Por esta razón se impidió al Estado intervenir en la esfera social, limitándolo a su función de garantizar la libertad igual. Ésta era, a su vez, una tarea jurídica; sin embargo, puesto que el Estado tenía al mismo tiempo que implantar e imponer el derecho, sólo podía lograrlo mediante una diferenciación del orden jurídico en una parte producto del Estado y que obliga a los ciudadanos y otra que resulta de los ciudadanos como titulares del poder estatal y con primacía sobre éste, de la cual dependía el Estado para la implantación e imposición del derecho. Fue precisamente esta función la que desempeñaron los derechos fundamentales<sup>7</sup>.

7. D. Grimm, «Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus», en íd., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991, p. 31 (en

Debido a esta conexión genética entre emancipación de la burguesía, readaptación del orden social al principio de libertad y protección de la libertad por los derechos fundamentales, éstos se entienden, en efecto, como expresión de los intereses y valores burgueses. De ahí que sea posible leer en su progresiva imposición la medida en que se implanta la sociedad burguesa en los distintos países: los derechos fundamentales constituyen un indicador del aburguesamiento. En lo que sigue, vamos a referirnos a ello con mayor exactitud. Todo esto nos ayudará asimismo a percibir la conexión, descrita hasta ahora de manera considerablemente abstracta, entre derechos fundamentales y sociedad burguesa en su multiforidad histórica. No existe un modelo uniforme de implantación de la sociedad burguesa y el papel que en ello desempeñan los derechos fundamentales; son precisamente las diferencias que la comparación pone de manifiesto las que permiten cuestionar con mayor precisión la función de los derechos fundamentales en la imposición y estabilización del modelo social burgués. Al mismo tiempo, y a la vista de la relación de condiciones mutuo entre derechos fundamentales y burguesía, se impone la pregunta sobre si ésta se circunscribe a la génesis de los derechos fundamentales o si determina su función de forma duradera. De la respuesta que se dé a esta pregunta, desde la constatación histórica, dependen el papel actual y la importancia de los derechos fundamentales en el futuro.

## II

### 1. Inglaterra

Los comienzos de la historia moderna de los derechos fundamentales se buscan habitualmente en Inglaterra. Esto parece confirmar la tesis, desarrollada aquí, de la conexión entre el origen de los derechos fundamentales y la formación de la sociedad burguesa. Efectivamente, en Inglaterra el feudalismo decayó antes que en ningún otro lugar, de modo que, ya al comienzo de la Modernidad, no se conocía allí la falta de libertad personal y los privilegios estamentales no eran ya sino "restos". Sin las restricciones feudales a la actividad y al tráfico, la frontera entre nobleza y burguesía perdió importancia rápidamente. A la vez que los empleos burgueses eran cada vez más frecuentes para los hijos no primogénitos de la nobleza, los miembros de la burguesía con éxito económico podían contar en más o menos tiempo con el bienestar económico. De este modo se originó un amplio espacio de intereses confluyentes entre los cuales sobresalía, precisamente, la libertad frente a las intervenciones de la corona. El lugar político para hacer valer esos intereses fue el parlamento que, contrariamente a los Estados Generales de los territorios continentales, lejos de experimentar el fracaso de la Modernidad interrumpió alguna de su tradición, cobró fuerza con la Reforma y se desarrolló progresivamente desde sus raíces estamentales hacia una representación de tipo moderno de los poderes sociales, fuertemente implantados frente al ejecutivo monárquico.

Este proceso encontró su reflejo jurídico en el hecho de que en Inglaterra, antes que en cualquier otro país, se desarrollaron derechos de libertad no fundados en la pertenencia a un estamento o a una corporación, sino referidos a la persona; derechos que no eran contenidos a la manera de privilegios exclusivos de grupos o individuos particulares, sino que correspondían a todos los ingleses. En parte estos derechos de libertad tenían su origen en una universalización de antiguos privilegios estamentales, como pone de manifiesto una comparación de la *Magna Charta* de 1215 con el comentario de Coke de principios del siglo XVII, donde los titulares de derechos estamentales, *earls, barons, freemen, merchants*, fueron reemplazados sin más por *man*<sup>9</sup>; en parte, fueron añadidos por la vía del derecho judicial con motivo de conflictos particulares. Este origen excluye del catálogo sistemáticamente desarrollado de las formas concretas del principio general de libertad. Sin embargo, los derechos concretos procedentes de las distintas épocas históricas produjeron, en conjunto, una defensa relativamente amplia de la libertad personal, de comunicación y económica, de modo que no se puede ya hablar de islas de libertad individual en un sistema de ausencia general de la misma, sino de un orden liberal; sin que esto, a la vista de la legislación económica isabelina y de su control por medio de la *Star Chamber*, merezca la denominación de liberal en sentido estricto.

Con todo, ya desde el tránsito del siglo XVI al XVII (y por tanto aún durante la época isabelina) se observa una creciente importancia de

este volumen «Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno», pp. 45-76).

8. Véanse R. Hilton, *The Decline of Serfdom in Medieval England*, London, 1969; H. M. Carr, «The Decline and Fall of English Feudalism», *History* 25 (1940), p. 216; H. Perkin, *The Origins of Modern English Society*, London, 1969.

9. El texto de la *Magna Charta* puede leerse, por ejemplo, en C. Stephenson y F. G. Marcham (eds.), *Sources of English Constitutional History* I, New York, 1972, pp. 115 ss.; E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*, London, 1642; Ademsá, M. Ashley, *Magna Charta in the Seventeenth Century*, Charlottesville, 1965; A. Pallister, *Magna Charta*, Oxford, 1971.

Los derechos de libertad que encontró su expresión en su creciente designación como fundamentales, en una época en la que el concepto de *leges fundamentales* o *lois fondamentales* aún se reservaba en el continente para los principios supremos del derecho estatal o príncipesco<sup>10</sup>. Esto los hizo destacarse ante la opinión pública de la época respecto de la masa de normas jurídicas, reclamando frente a ella una dignidad superior. No obstante, si bien se mira, este énfasis no se trató en una preeminencia técnico-jurídica. El lugar de los *fundamental rights* estaba más bien en el *common law*, de desarrollo judicial; por consiguiente, pertenecían al derecho común, lo cual permitía en todo momento modificarlos por medio de la legislación. Cierramente, se conocen tentativas aisladas de subordinar el *statute law* al *common law*, en todo caso cuando aquél contravenía el *common right and reason*, como dice expresamente el fallo de Coke en el *Dr. Bonham's case*<sup>11</sup>. Sin embargo, que el *common law* y los derechos de libertad a él vinculados reclamaran un rango superior al del *statute law*, o incluso fuesen previos en su conjunto al poder estatal e indisponibles para él, no es una consecuencia de la tradición jurídica inglesa.

Los intentos de someter también al parlamento a los derechos de libertad se originaron como reacción a la experiencia del *Long Parliament* que siguió a la fase de pérdida del poder parlamentario. A los abusos del *Long Parliament* contestaron los *Levellers* con la exigencia de una *law paramount*, que reflejase el reconocimiento de que el parlamento no era menos capaz que los gobiernos de acabar con la libertad. Así lo expresan los diferentes esbozos de constitución impresos entre 1640 y 1660, conocidos como *Agreement of the people*<sup>12</sup>. Sin

10. Véanse J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1955; G. Stourzh, «Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert», en R. Vierhaus (ed.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen, 1977, p. 294; id., «Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung», en G. Birsich (ed.), *Grund- und Freiheitsrechte...*, cit., p. 59; R. Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*, New Haven, 1957; H. Mohaupt, «Verfassung I», en O. Brunner et al. (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 6. Stuttgart, 1990, pp. 846 ss.

11. *Court of Common Pleas 1610*, 8 Rep. 114, 118.  
12. Véase S. R. Gardiner (ed.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, Oxford, 1968 (reimp.); D. M. Wolfe (ed.), *Leveller Manifestoes of the Puritan Revolution*, New York, 1967 (reimp.); A. L. Morton (ed.), *Freedom in Arms. Levellers and the New Model Army*, London, 1975; W. W. Wittwer, *Grundrechte bei den Levellers in der politischen Theorie der Levellers: Zeitschrift für Historische Forschung* 1 (1974), p. 147; H.-C. Schröder, «Die Grundrechtsproblematik in der englischen und der amerikanischen Revolution», en G. Birsich (ed.), *Grund- und Freiheitsrechte...*, cit., p. 75; G. Stourzh, *Fundamental Laws and Individual Rights in the 18th Century Constitution*, Claremont, 1984.

embargo, las propuestas de los *Levellers* y los *Officers* tropezaron con una fuerte resistencia. En una réplica al segundo *Agreement* de 1648 se ataca, por encima de todo, la reducción de los derechos del parlamento: «for the Power of Parliament here in England is without question Supreme, Absolute, Unlimited, extending to things of religion as well as to civil things»<sup>13</sup>. La *Glorious Revolution* (tras el experimento republicano de Cromwell y las renovadas pretensiones absolutistas de los Estuardo) tendió el puente hacia condiciones prerrevolucionarias e impuso este punto de vista, no el de los *Levellers*. El parlamento había rechazado con éxito el absolutismo monárquico del modelo francés sin verse obligado a aceptar por su parte limitaciones del poder. Así pues, el resultado jurídico-político de la revolución fue la definitiva consolidación de la soberanía del parlamento, que el nuevo monarca designado garantizó expresamente.

Sin embargo, en el curso de la lucha contra las aspiraciones absolutistas de los Estuardo también se consiguieron solemnes confirmaciones de los derechos de libertad en documentos jurídicos especiales, primero en la *Petition of Right* de 1628, después en la *Bill of Rights* de 1689<sup>14</sup>, que apuntala el resultado de la revolución. La cuestión es si con ello se añadía a los elementos liberales ya existentes y a la universalidad de los derechos de libertad la característica, aún ausente de los derechos fundamentales, de supremacía e inviolabilidad. La génesis y el tenor literal de los documentos despertaran dudas en este punto. Las amenazas para la libertad que condujeron a la revolución habían partido del monarca, mientras el parlamento se percibía como defensor de una situación jurídica liberal en vigor desde hacía mucho tiempo. No fue necesario el recurso al derecho natural para legitimar los derechos de libertad, sino sólo la remisión al buen derecho antiguo. Por eso, en la *Petition of Right* el parlamento enumeró una serie de violaciones de los derechos fundamentales tradicionales por la corona, añadiendo a ella la exhortación al monarca para que reparase las infracciones jurídicas cometidas y las omitiese en el futuro, a lo cual siguió una exhortación con las palabras «Soit droit fait comme est desire». De este modo la *Petition* tenía, al igual que numerosos documentos estamentales del continente, un carácter predominantemente contractual y de confirmación de derechos<sup>15</sup>. El

13. Citado en H.-C. Schröder, «Die Grundrechtsproblematik...», cit., p. 85.

14. Estos textos se hallan, por ejemplo, en C. Stephenson y F. G. Marcham (eds.), *Sources of English Constitutional History*, I, pp. 450 ss., e *ibid.*, II, pp. 599 ss.

15. Véase G. Oestreich, «Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde», en R. Vierhaus (ed.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen, 1977, p. 45. Para los documentos que así observaron contenidos por la vía ad

monarca con su ejecutivo era el obligado; el parlamento, que había defendido los derechos, aparecía como beneficiario.

Este origen no sólo explica por qué la *Bill of Rights* contenía en primer lugar los derechos del parlamento y sólo en segundo término los derechos individuales de libertad; aclara también por qué, en lo referente al ámbito de validez de los derechos de libertad, se mantuvo en lo esencial la antigua situación. La revolución no procedió en contra, sino en favor del derecho vigente y de las libertades por él garantizadas. El parlamento había demostrado ser el garante de la libertad y la mayoría de los interesados en ella se veían representados en esa institución, de modo que no existía necesidad alguna de asegurar la libertad contra él. Es más, como representante de los partidarios de la libertad, podía actuar sobre los derechos de libertad sin incurrir en contravención jurídica alguna. Los límites a la libertad establecidos legalmente se entendieron como autolimitaciones del titular del derecho. Así pues, el carácter de derechos fundamentales de las declaraciones inglesas obedece a que elevaron jurídicamente el *common law* a una posición especialmente sensible hacia la libertad, proporcionándole una garantía adicional, aunque en modo alguno preeminente. Vinculaban al aparato ejecutivo del Estado, pero no al poder estatal por antonomasia, del cual participaba el parlamento. De ahí que se pueda decir, con Stourzh, que en Inglaterra tuvo lugar un proceso de conversión de los derechos de libertad en derechos fundamentales, pero no una constitucionalización<sup>16</sup>. De este modo se preparó el paso a los derechos fundamentales, aunque no llegó a consumarse.

## 2. América

El mérito de la transformación de los derechos legales de libertad en derechos fundamentales sancionados constitucionalmente corresponde más bien a las colonias inglesas en Norteamérica. Esta circunstancia plantea la pregunta sobre cuál es la diferencia relevante, en lo relativo a los derechos fundamentales, entre la metrópoli y las colonias, que no puede reducirse a un estatuto legal inferior. De hecho, las colonias americanas habían vivido desde su fundación bajo el or-

hoc, véase L. G. Schworer, *The Declaration of Rights 1689*, Baltimore, 1981. Para la comprensión contemporánea véase E. Hellmuth, «Die Debatte um die Bill of Rights im 18. Jahrhundert», en G. Birsich (ed.), *Grund- und Freiheitsrechte...*, cit., p. 117.

16. G. Stourzh, «Vom aristocratischen zum liberalen Verfassungsverständnis», en F. Engel-Janosi et al. (eds.), *Fürst, Bürger, Mensch*, Wien, 1975, p. 120.

den jurídico inglés y disfrutado por ello de los derechos contenidos en el *common law* y los *rights of Englishmen* solemnemente confirmados en los documentos del siglo XVII. La pertenencia a ese orden jurídico no provocaba en los colonos la sensación de déficit de libertad sino, por el contrario, de satisfacción, un sentimiento de superioridad frente al continente europeo, de impronta feudal-estamental y gobernado por estados-policía. Libre del derecho feudal y de las barreras estamentales, que habían quedado en Europa, y con recursos ilimitados que prometían vía libre a la audacia y la habilidad de los individuos, América (basada, desde luego, en una economía esclavista) poseía un orden social más cercano a las metas burguesas más que el de cualquier país europeo, incluida Inglaterra. Por ello América, al carecer de necesidad alguna de reformas jurídicas, podía considerar los postulados reformistas, desarrollados en el derecho natural europeo, como descripción de su propia realidad.

El cambio únicamente se produjo cuando los colonos se enfrentaron con las deficientes garantías inglesas de la libertad, que en la metrópoli habían sido perceptibles sólo durante breves periodos de tiempo. Esto ocurrió cuando el parlamento británico, tras la costosa Guerra de los Siete Años, las omitió para gravar a las colonias americanas con impuestos especiales. De ahí que en el conflicto subsiguiente los colonos (como un siglo atrás los ingleses) apelasen frente a su monarca a los *rights of Englishmen*, que también eran válidos en América: a saber, el principio de igualdad y el principio *No taxation without representation*. La metrópoli combatió este argumento con la referencia al principio jurídico-constitucional de la soberanía del parlamento y la *virtual representation* de los colonos por los diputados de la metrópoli. Merced a esta ficción las cargas a las que eran sometidos se consideraban autoimpuestas y, por tanto, no contrarias a derecho. Esta posición era inatacable desde un punto de vista jurídico-positivo y sólo la debilidad de la argumentación jurídico-positiva de los colonos frente a las máximas fundamentales del Estado de derecho inglés les obligó a apelar a los *unalienable rights* con los cuales, en 1776, en la *Declaration of Independence*<sup>17</sup> (apoyada formalmente en la *Petition of Rights*) se fundamentó en términos iusnaturalistas la ruptura revolucionaria con la metrópoli<sup>18</sup>.

17. El texto puede hallarse, por ejemplo, en S. E. Morrison (ed.), *Sources and Documents Illustrating the American Revolution and the Formation of the Federal Constitution 1764-1788*, New York, 1965 (reimp.), pp. 157 ss.; en alemán, con A. W. P. Adams (eds.), *Die Amerikanische Revolution*, München, 1987, p. 213.

18. Véanse J. Habermas, «Naturrecht und Revolution», en id., *Theorie und Praxis*, Neuwied, 1963, p. 52 [trad. cast. *Teoría y Praxis*, Barcelona, 1995]; D. Grimm,

En la reconstrucción del poder legítimo del Estado, necesaria tras la ruptura revolucionaria, los americanos recurrieron a los principios jurídicos ingleses, que siempre habían gozado de su aprobación. Pronto pudo observarse que en el catálogo de derechos fundamentales de las colonias, ahora elevadas a estados, apenas se encontraba norma jurídica alguna que no hubiera sido ya válida en Inglaterra<sup>19</sup>. No obstante, para esos derechos, que ya habían sido inventariados con frecuencia en los contratos de colonización y las *Colonial Charters*, se conservó el fundamento de validez iusnaturalista-preestatal que se les había atribuido en la revolución. De este modo, los *rights of Englishmen*, con el contenido invariable de derechos burgueses, se transformaron en derechos del hombre. Pero, sobre todo, como consecuencia de las experiencias habidas con la soberanía parlamentaria inglesa, se los situó por encima de la representación popular y vincularon en adelante, sin excepción, al poder público en todas sus manifestaciones. De este modo, América añadió a los derechos de libertad ingleses el elemento de la superioridad jerárquica, asegurándolos poco después mediante una particular instancia de imposición, la jurisdicción constitucional, que recibía sus criterios de decisión del poder constituyente del pueblo y los ponía en práctica contra todos los poderes constituidos. Es en este acontecimiento del año 1776 donde se halla la cesura decisiva entre las antiguas y las nuevas formas de protección jurídica de la libertad y el que marca el comienzo de la historia moderna de los derechos fundamentales<sup>20</sup>.

### 3. Francia

En Francia no existía una tradición comparable de derechos de libertad catalogados que necesitaran únicamente ser ampliados en su función y elevados al nivel constitucional para adoptar el carácter de derechos fundamentales. Al contrario, por una parte el monarca disponía de un amplio poder de dirección de la sociedad y, por otra, las relaciones jurídicas de los súbditos se basaban en la desigualdad estamental, la heteronomía y la sujeción a deberes. Sólo cuando Francia,

pocos años después que América, se halló ante una situación semejante a la de ésta, resultó posible plantear la cuestión de los derechos fundamentales. Ciertamente, la similitud se limitaba a la eliminación revolucionaria del viejo poder estatal y a la necesidad de una nueva fundación del mismo; no obstante, la situación de partida se diferenció considerablemente de la americana. El orden liberal-burgués que los colonos americanos habían disfrutado desde hacía mucho tiempo, necesitado de defensa exclusivamente contra las amenazas de la metrópoli y protegido por medio de los derechos fundamentales tras el logro de la independencia, no era en Francia sino el postulado político de una clase media consciente de su importancia, partidaria del razonamiento crítico y económicamente fuerte, pero que veía entorpecidas su influencia y su experiencia por el orden establecido y por ello, desde mediados del siglo XVIII, presionaba cada vez más para conseguir transformaciones. Por consiguiente, ese orden que los americanos habían defendido, en Francia primero debía producirse.

También en este caso actuaron como palanca las necesidades financieras del Estado, que debían remediarse con subidas de impuestos. Los afectados objetaron a estos planes de la ya debilitada monarquía que hacía 170 años que no se ejercía el derecho estamental de aprobación<sup>21</sup>. En este punto coincidieron nobleza y burguesía, las cuales, por lo demás, no habían llegado a identidad de intereses alguna, a diferencia de lo ocurrido en Inglaterra. Por otra parte, mientras que la nobleza aceptaba una asamblea estamental reunida según los principios del siglo XVII, la burguesía reclamaba una composición que tuviese en cuenta las modificaciones en la proporción de las fuerzas sociales. En este conflicto el derecho positivo daba la razón a la nobleza, de modo que para la burguesía sólo era posible justificar su pretensión desde una posición iusnaturalista que entonces, como antes en América, desplegaba su potencial revolucionario: los *Cahiers de doléances*, mediante los cuales los municipios dieron instrucciones a sus representantes en los Estados Generales, así como una inabarcable literatura panfletaria de la *pré-revolution*, están llenos de exigencias iusnaturalistas<sup>22</sup>. Después de que el monarca otorgara la nueva convocatoria de Estados Generales con concesiones al Tercer Estado

<sup>19</sup> «Europäische Naturrecht und Amerikanische Revolution»: *Ins commune* 3 (1970), p. 120; C. Becker, *The Declaration of Independence*, New York, 1922.

<sup>19</sup> Véase R. Pound, *The Development...*, cit., p. 65.

<sup>20</sup> Véase G. Sounth, «Die Konstitutionsalisierung der Individualrechte»: *Juristenzeitung*, 1976, p. 397; W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, Neuwied, 1973; B. Schwartz, *The Great Rights of Mankind. A History of American Bill of Rights*, New York, 1977.

<sup>21</sup> Véase E. Schmitt, *Repräsentation und Revolution*, München, 1969.

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, P. Goubert y M. Denis (eds.), *Les Français ont la parole. Cahiers de doléances des États généraux*, Paris, 1964; W. Schmale, «Rechtskultur im Frankreich des Ancien Régime und die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte»: *Francia* 14 (1986), p. 509; S. J. Samwer, *Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91*, Hamburg, 1970, pp. 6-92.

y éste rompiera por la vía revolucionaria con el derecho estatal válido definiéndose como Asamblea nacional, se habían creado las condiciones políticas para la puesta en práctica de las pretensiones burguesas. Las ideas de un orden fundado al modo iusnaturalista pudieron entonces trasladarse al derecho positivo.

No obstante, a diferencia de América, este problema no resolvió mediante el establecimiento de garantías jurídico-fundamentales que se extendiesen, protectoras, sobre el orden social; más bien hubo que establecer un orden burgués antes de poder protegerlo por medio de derechos fundamentales. Sin embargo, la Asamblea nacional no se decidió a reformar el orden jurídico en primer lugar para, acto seguido, garantizar jurídico-fundamentalmente los resultados de la reforma, sino que, con la resolución de 14 de julio de 1789, puso en la cúspide de la obra reformadora la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales, manera de actuar que no fue pacífica<sup>23</sup>. Las objeciones son reveladoras de la peculiaridad de la protección jurídico-fundamental de los derechos de libertad. A la necesidad de un catálogo de éstos se le dirigió un reparo de principio: el delegado Cretière objetó contra los distintos proyectos de derechos fundamentales que había un único derecho fundamental, la participación de cada uno en la formación de la voluntad común. Ésta era la posición demócrata-radical de Rousseau, incompatible con cualquier limitación material de la decisión mayoritaria. Por el contrario, la mayoría de los diputados, como antes los representantes de las colonias americanas, fue de la opinión de que la libertad individual también podía ponerse en peligro por los representantes electos del pueblo. Por este motivo, en las situaciones de riesgo los derechos fundamentales habían de proteger a los individuos también frente al legislador.

La otra objeción, sostenida en general con más firmeza, se refería al orden en que debían darse los pasos hacia la reforma. En este aspecto, la supresión del orden establecido con sus desigualdades y privilegios, sus obstáculos a la libertad y al tráfico, así como su sustitución por un orden nuevo fundado en la libertad y la igualdad, resultaban prioritarios. Esto significaba la preferencia por la reforma del derecho civil, penal, de policía y procesal, mientras que la protección jurídico-fundamental de las nuevas relaciones aparecía como un problema secundario. Por el contrario, la mayoría de la Asamblea nacional insistía en la prioridad de los derechos fundamentales, aclarando que éstos no sólo constituirían las garantías de la estabilidad del orden social bur-

23. Véase el debate en *Archives parlementaires*, 8, Paris, 1875, pp. 317-325. Además, S. J. Samwer, *Die französische...*, cit., pp. 103 ss.

gués frente al Estado, sino que también contenían aquellos principios fundamentales que debían asegurarse para que la reforma del derecho ordinario transcurriera conforme a ellos. Por lo demás, también en Francia los derechos fundamentales, como pautas decisivas y límites de la reforma del derecho, exigían ser válidos frente a todos los poderes estatales, incluido el legislativo; sin embargo los franceses, a causa de sus experiencias con las cortes de justicia aristocráticas del *Ancien Régime* (que habían poseído el derecho de sanción de las leyes, sirviendo sobre todo a los intereses privilegiados), no pudieron decidirse a garantizar esta preeminencia por medio del establecimiento de una jurisdicción constitucional a través de órganos jurídicos.

La concepción básica de una libertad universalmente válida y previa al Estado, que había encontrado su expresión técnico-jurídica en los derechos fundamentales, se conservó a través de las distintas fases revolucionarias y sus sucesivas constituciones<sup>24</sup>. En contra de las apariencias, se halla también en la constitución del Directorio de 1795, pues el catálogo de obligaciones fundamentales, añadido aquí al de derechos fundamentales, se muestra, en un examen más detallado, como mera exhortación a la obediencia al derecho y llamada a la conciencia moral del ciudadano. La ruptura con esta tradición sólo llegó con Napoleón, quien por una parte concluyó de manera estable la reorganización del orden social sobre los principios de libertad e igualdad mediante el *Code civil*, pero, por otra, abolió las garantías jurídico-fundamentales de la libertad para regresar, so pretexto constitucional, a una práctica política absolutista. De este modo la libertad, indivisible para la Revolución, se desintegró en una libertad privada de carácter permanente y en una libertad pública sujeta a revisión. Frente a esto, la *Charte Constitutionnelle* de 1814 siguió un camino intermedio: los logros políticos de la Revolución, que dieron forma al principio de legitimidad de la soberanía popular, fueron abolidos, mientras permanecían los sociales, que habían encontrado su expresión en el *Code civil*. Por tanto, es cierto que la *Charte* conoció derechos fundamentales referidos a la libertad de la persona y a la actividad económica, aunque casi ninguno resultaba políticamente utilizable.

#### 4. Alemania

Para los príncipes alemanes, que no habían padecido revolución alguna, el Estado constitucional sólo resultaba aceptable bajo esta men-

24. Los textos de las constituciones francesas pueden consultarse, por ejemplo, en L. Duguit et al. (eds.), *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, 1943.

guada forma postrevolucionaria. Por otra parte, la burguesía alemana carecía de las condiciones sociales necesarias para obligarles a mayores concesiones. Es cierto que en la segunda mitad del siglo XVIII, especialmente en el norte protestante, se había desarrollado una cultura burguesa comparable a la francesa y, en consecuencia, también en Alemania antes de la Revolución francesa aparecen numerosos proyectos de ordenación burguesa, así como catálogos de derechos fundamentales de gran alcance<sup>25</sup>. Sin embargo, Alemania estaba económicamente rezagada con respecto a Francia, de modo que a las exigencias constitucionales burguesas, extendidas tras la Revolución francesa (y con mayor motivo aún tras las guerras de liberación), les faltaba en gran medida la capacidad para imponerse que habría resultado de una burguesía propietaria fuerte. La consolidación económica de la sociedad en Alemania fue más bien un deseo de los mismos monarcas, alimentado por los intereses de los poderes estatales; de ahí que ya antes del comienzo de la Revolución los gobernantes de los territorios más avanzados, Prusia y Austria, hubiesen llevado a cabo reformas sociales que encontraron su expresión jurídica en los proyectos de codificación de finales del siglo XVIII.

Estos proyectos contenían también, en sus disposiciones iniciales, garantías individuales de la libertad de los súbditos frente al Estado, que reflejan las modificaciones en el modo de comprender aquel por parte del Absolutismo ilustrado<sup>26</sup>. Aumentaban la seguridad de la persona y la propiedad, pero sin permitir apenas ni la libertad espiritual ni intervención política alguna; pese a ello, en ocasiones se les añadía el carácter de derecho fundamental. Todo ello hace que, si se aplican los criterios expuestos al principio, a estos derechos les corresponda la cualidad de fundamentales en menor medida aún que a las declaraciones inglesas de derechos. Si bien es cierto que se referían a la condición común de súbdito y, por tanto, relativizaban las fronteras estatales, no cuestionaban en lo esencial la sociedad feudal-estamental

25. Vase D. Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn, 1976.

26. Véanse para el caso austriaco P. H. Ritter von Harrasowsky (ed.), *Der Codex Theodosianus und seine Umarbeitungen*, 5, Wien, 1886, p. 3; J. Oliner (ed.), *Der Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, 1, Wien, 1889; además, para Prusia, *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, 6 t., Berlín, 1784-1788; *Allgemeines Gesetzliche Bestrebungen im Absolutismus Preussens und Österreichs am Ende des 18. Jahrhunderts*, Köln, 1961; G. Birsch, "Zum konstitutionellen Charakter des preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794", en *Festschrift Th. Schieder*, München, 1968, p. 98.

y al Estado absoluto. Además, estaba ausente de ellas toda referencia a la libertad y carecían, por encima de todo, de la característica de la supremacía. En su condición de garantías de la libertad otorgadas por un gobernante absoluto que conservaba en sus manos el poder indiviso del Estado, eran auto-limitaciones que podían ser revocadas en cualquier momento sin que se facilitasen a los beneficiarios las posibilidades de oposición o los medios de defensa propios del sistema de división de poderes. Por ello Kriele los califica, a diferencia de los derechos fundamentales, de meros permisos<sup>27</sup>. Tras el comienzo de la Revolución francesa desaparecieron huevamente de los proyectos, que sólo entraron en vigor con retraso y depurados de todas las resonancias de derechos fundamentales.

Sin embargo, con las constituciones, posteriores a 1815, del sur de Alemania y de algunos otros pequeños estados alemanes, las cosas fueron distintas<sup>28</sup>. Es cierto que ninguna de ellas, a diferencia de las de Francia o América, se consiguió por medio de la lucha revolucionaria de la burguesía; se trataba más bien de concesiones voluntarias de los príncipes que en ello, naturalmente, solían estar orientados por un conjunto de motivos referidos al Estado. No obstante, todas ellas comprendían catálogos de derechos de libertad e igualdad que superaban de manera considerable las concesiones del absolutismo ilustrado. Pero, sobre todo, los monarcas renunciaron en esas constituciones a la facultad de modificar tales derechos en cualquier momento, lo que las diferencia de los proyectos de codificación de finales del siglo XVIII. El derecho absoluto del soberano se desvaneció definitivamente en el acto de otorgamiento de la constitución. Con ello los derechos fundamentales, a pesar de su génesis como auto-limitaciones voluntarias del poder monárquico, se convirtieron en derecho supremo, vinculante sin excepción para el poder del Estado, que no podía ser modificado sino mediante una reforma constitucional. La obligación se hacía extensiva de forma especial al legislador ordinario, compuesto por el monarca y las cámaras recién constituidas, aunque sobre la índole y extensión de dicha obligación reinase cierta falta de claridad. Así pues, el paso desde las libertades jurídicamente aseguradas a los derechos fundamentales se dio también en Alemania, con su incorporación a la constitución vinculante para todos los poderes del Estado.

Naturalmente, esto no quiere decir que a los derechos fundamen-

27. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbeck, 1975, p. 116.

28. Los textos pueden consultarse, por ejemplo, en E. R. Huber (ed.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte I*, Stuttgart, 1961, pp. 141-200.

tales alemanes no les influyera su génesis como concesiones voluntarias por parte de los monarcas todavía autolegitimados; ésta tuvo efectos en el fundamento, en el ámbito de su validez y en el contenido. Lejos de la imposición revolucionaria, los derechos fundamentales de las constituciones alemanas evitaron toda reminiscencia de orígenes iusnaturalista para declararse derecho positivo que debía su existencia únicamente a la voluntad del monarca. Por ello tampoco se formularon como derechos del hombre, sino como derechos de los ciudadanos del Estado. No hay en este punto merma alguna de su orientación aristocrática, pues, al contrario que las antiguas libertades, no se fundaban en el *status* o la función sociales, sino en la persona; por eso establecieron por primera vez la subjetividad jurídica general en su ámbito de validez. Fue así como resistieron la eliminación de la sociedad estamental, cuyo derecho, a diferencia de lo que sucedió en Francia, no fue abolido por completo de manera inmediata, sino más bien calificado como derecho especial y simplemente tolerado durante un cierto tiempo. Sin embargo, en la medida en que el derecho feudal-estamental permanecía aún en vigor, no podía desarrollarse plenamente el principio de libertad, constitutivo de los derechos fundamentales<sup>29</sup>. Lo que hace claramente visible el paralelismo de contenido entre los derechos fundamentales alemanes y los occidentales.

Es inútil buscar en los catálogos alemanes de derechos fundamentales un derecho universal de libertad como el que la *Déclaration* Francesa antepone a las garantías individuales en el artículo 4. De todos modos, en este plano se garantizaron la libertad personal y la defensa de la esfera privada con una amplitud semejante a la de las construcciones occidentales. En cambio, la utilidad política de los derechos fundamentales sólo se desarrolló débilmente, como en la *Charte* francesa de 1814. Se impuso la libertad de prensa, si bien con considerables posibilidades de limitación que pronto iban a restringir dicho derecho fundamental bajo la forma de los decretos de Karlsbad; las libertades de reunión y asociación se hallaban totalmente ausentes. En el ámbito económico, la propiedad fue protegida contra

29. Véanse las ponencias de G. Kleinheyer, M. Botzenhart y U. Scheuner en «Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit: Der Staat, apéndice 4 (1980); U. Scheuner, «Die Verwirklichung der bürgerlichen Gleichheit. Zur rechtlichen Bedeutung der Grundrechte in Deutschland zwischen 1780 und 1850», en G. Birtsch (ed.), *Grund und Freiheitsrechte...*, cit., p. 376; W. v. Rimscha, *Die Grundrechte im süd-deutschen Konstitutionalismus*, Köln, 1973; R. Schulz, «Stansbildung und Allgemeinheit der Bürgerrechte», en G. Dilcher *et al.* (eds.), *Grundrechte im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1982, p. 85; D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte I*, Frankfurt a.M., 1988, pp. 129 ss.

su privación por parte del Estado. En cambio, mientras subsistió el sistema feudal no hubo una completa libertad de propiedad que comprendiese también el libre uso, el gravamen, la enajenación, la división, la transmisión. Algo similar ocurrió con la igualdad de acceso a los cargos, de la carga fiscal y del servicio militar bajo la dirección estatal. En cambio, las relaciones de los ciudadanos entre sí no estaban presionadas sin excepción por la igualdad jurídica: en este punto los derechos fundamentales alemanes, en comparación con los occidentales, permanecieron en un nivel de atofía. De todas maneras, llevaron tan lejos el principio de libertad igual que pueden incluso resistir el *test* de los derechos fundamentales.

En cambio, las potencias dirigentes alemanas, Austria y Prusia, que en el siglo XVIII habían tomado la delantera en el camino de la modernización, no produjeron constitución alguna. Austria, tras la muerte de Leopoldo II en 1792, cayó en un antiliberalismo riguroso que excluyó de antemano los proyectos constitucionales. En Prusia, tras el Congreso de Viena, la constitucionalización, aunque muy retrasada, naufragó ante el foralecimiento de la Restauración. Sin embargo, la carencia de derechos fundamentales no equivale a la ausencia de una sociedad burguesa. Si se comparan los estados alemanes del Premarzo desde el punto de vista de su proximidad al modelo social burgués, Prusia, carente de derechos fundamentales, se halla indudablemente por delante de los estados constitucionales del sur de Alemania, donde la liberalización se había llevado a cabo en el plano jurídico y la constitución no iba a ser sino su coronación. Por ello, la ausencia de constitución no perjudicó al espíritu liberal de la sociedad, sino únicamente a su capacidad de resistir a la revisión en la época de la Restauración. No fue distinta la situación en Austria, donde en 1811 entró en vigor el *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* que, como el *Code civil*, descansaba en los principios de libertad de propiedad, de contratación y de transmisión. Mas la apariencia inducía a error, pues con la promulgación del ABGB no se suprimieron en absoluto las regulaciones estamental-feudales y mercantiles, sino que únicamente se convirtieron en normas especiales que, como tales, siempre reclamaron prioridad frente a las disposiciones generales. De este modo, en Austria la sociedad burguesa quedó en mera promesa<sup>30</sup>.

30. Véase D. Grimm, «Das Verhältnis von Politischer und Privater Freiheit bei Zailler», en *id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987, p. 212.

5. *Polonia*

En cambio Polonia, el vecino oriental de Alemania, consiguió una constitución en el breve lapso de su soberanía. La constitución polaca de 3 de mayo de 1791<sup>31</sup> es considerada, incluso, como la primera constitución europea en general. Ciertamente es posterior a la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre* de 26 de agosto de 1789, pero la constitución francesa entró en vigor el 3 de septiembre de 1791. Sin embargo, la constitucionalización de Polonia se halla en un peculiar contraste con la estructura social del país, que aún estaba considerablemente más alejada de las relaciones burguesas que la de los estados alemanes menos desarrollados. Polonia constituía una re-pública nobiliaria con una monarquía electiva en el vértice, con una nobleza relativamente amplia pero sólo en parte acaudalada, un estrato urbano exiguo, económicamente subdesarrollado y carente de influencia política, y una gran cantidad de campesinos siervos. Después de todo —y esto es algo ya sabido sobre las condiciones de aparición del constitucionalismo temprano<sup>32</sup>—, no fue éste el suelo sobre el que crecieron las constituciones o los derechos fundamentales. La nobleza mucho distinguida disfrutaba de libertades corporativas en una medida tanto que portadora de la exigencia de libertad jurídico-fundamental, aún no había tomado conciencia de sus intereses y menos aún conquistado el poder para imponerlos contra la voluntad de la nobleza. Por último, el monarca carecía también de la posición de poder que le hubiese permitido iniciar liberalizaciones en interés del Estado.

Si se examina detenidamente la constitución polaca, en seguida advertimos que, en efecto, carece de un catálogo de derechos fundamentales. No obstante, la constitución no es un auténtico estatuto de organización<sup>33</sup>. Ciertamente, la reorganización del Estado se hallaba en primer plano; pero también incluía disposiciones referidas a la estructura social. Además, analizándolo con más detalle, se descubre que no había intención de superar el orden social estamental y la estructura agraria feudal en favor de la igualdad y libertad burguesas;

31. Texto en alemán en K. H. L. Pöhlitz, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, 3, Leipzig, 1833, p. 8.

32. Véase D. Grimm, «Konstitutionalismus», en *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 10 ss.

33. Véase G.-C. v. Urruh, «Die polnische Konstitution vom 3. Mai 1791 im Rahmen der Verfassungsentwicklung der europäischen Staaten»: *Der Staat* 13 (1974), p. 185; W. F. Reddaway et al. (eds.), *The Cambridge History of Poland*, New York, 1978, pp. 133 y 147; A. Gieysztor et al. (eds.), *History of Poland*, Warszawa, 1979, p. 315.

al contrario, la constitución confirmaba de manera explícita los privilegios de la nobleza. La situación jurídica del ciudadano mejoró, mas no gracias a la universalización de las libertades normalmente vinculadas a los derechos fundamentales, sino a través de una mayor facilidad de acceso a la nobleza, de la extensión del derecho de *Habeas corpus*, limitado hasta entonces a ésta, y de la concesión de representación política. En cambio, la relación propietario-campesino, a pesar de quedar bajo el control estatal, no se modificó: éste fue el precio pagado al partido nobiliario reformista a cambio de la adhesión de la mayoría de los miembros de su estamento. Así, la reforma del Estado y de la sociedad se engalaró con el ropaje de moda de la constitución, pero sin que ello supusiera la aceptación del programa definido en América y Francia. De este modo, es cierto que Polonia poseyó una constitución de cuya existencia, sin embargo, no puede inferirse la validez de los derechos fundamentales.

## III

1. *La determinación funcional de los derechos fundamentales*

Los esbozos dedicados a diversos países han confirmado el nexo entre la implantación de los derechos fundamentales y el establecimiento de la sociedad burguesa. Al mismo tiempo, dicha conexión permite hacer algunas precisiones y distinciones basándose en las distintas relaciones de derechos que aparecieron con ocasión de ello. En primer lugar, parece posible inferir, de la mayor o menor medida en que los derechos fundamentales son reconocidos y garantizados por el derecho positivo, la existencia o el comienzo de la sociedad burguesa. Esto es evidente en los casos de América, Francia y los estados del sur de Alemania. El desalojo de las posiciones alcanzadas por los derechos fundamentales, como fue el caso de Francia durante las épocas napoleónica y de la Restauración, indica un retroceso en la influencia de la burguesía. Inversamente, tampoco hay derechos fundamentales allí donde la sociedad burguesa no está establecida y ni siquiera se aspira a ello: así lo documentan los ejemplos de Austria y Polonia. Sin embargo, no es válida la conclusión contraria, en el sentido de que la ausencia de derechos fundamentales prueba la inexistencia de la sociedad burguesa. Por consiguiente, la relación en que se hallan ambas condiciones no parece ser de reciprocidad. Es verdad que no hay derechos fundamentales sin sociedad burguesa, o al menos parcialmente burguesa, pero también se dan sociedades burguesas o semiburguesas

carentes de derechos fundamentales, como muestran los ejemplos de Inglaterra y la Prusia del Premarzo.

La circunstancia de que la sociedad burguesa no condujese de manera inexorable a los derechos fundamentales merece aún mayor aclaración, pues ello puede contribuir a una determinación más precisa de la función de éstos en dicha sociedad. El supuesto básico del orden social burgués es que la capacidad de autogobierno de la sociedad descanse en las leyes del mercado y que aquélla, por su parte, tiene como presupuesto la libertad e igualdad de todos sus miembros. En sentido jurídico, la sociedad burguesa exige por ello, ante todo, la eliminación de cuantas normas e instituciones obstaculizan el autodesarrollo individual y privilegian a individuos o grupos, sometiéndolo a otros. Pero esto no hace que la sociedad burguesa se mueva en un espacio más o menos ajurídico; al contrario, la libertad que toma como base está tan necesitada de organización como de defensa. De ahí que las esferas de libertad individuales deban delimitarse unas frente a otras y, a la vez, referirse recíprocamente. Lo primero exige la limitación de la libertad individual en interés de la general; lo segundo, instrumentación para facilitar las conexiones recíprocas en condiciones de libre voluntad. Ambos son cometidos típicos del derecho privado, en tanto que parte del orden jurídico que regula las relaciones entre los miembros de la sociedad. No puede haber sociedad burguesa alguna sin derecho privado que haga operativas las máximas de la libertad y la igualdad; puede decirse, incluso, que la sociedad burguesa se constituye en primer lugar en el derecho privado<sup>34</sup>.

Sin embargo, no se puede esperar que se respeten sin excepción los límites trazados a la libertad del individuo en interés de una libertad igual, o los vínculos que los individuos han aceptado voluntariamente en aras del libre intercambio de prestaciones; para la protección de la libertad son necesarias, además, disposiciones con cuya ayuda puedan llegar a corregirse las infracciones de los límites e imponerse deberes. El derecho privado no podía proporcionar este servicio, puesto que, en tanto que derecho para la coordinación de libertades iguales, no otorga poder coercitivo alguno. Por ello la sociedad burguesa necesita al Estado, poseedor del monopolio de la violencia, aunque sólo para utilizar ésta en interés de la libertad: la coacción es indispensable para la defensa frente a las amenazas a la libertad y para la imposición de las obligaciones privadas. De este modo, junto al derecho privado

que concierne a las relaciones de los individuos se sitúa una esfera jurídica adicional, calificada como derecho público, que atañe a las relaciones entre éstos y el Estado. En la sociedad burguesa aparece bajo la forma del derecho penal, de policía y procesal, así como del derecho fiscal, preciso para la financiación de estos cometidos necesarios. De este modo la sociedad burguesa es jurídicamente viable. Por consiguiente, y éste es el punto decisivo, ésta se materializa en el plano del derecho ordinario, lo cual explica por qué pueden existir sociedades burguesas o semiburguesas sin derechos fundamentales.

La pregunta es, entonces, qué servicio adicional prestan los derechos fundamentales a dicha sociedad. Habrá que buscarlo en ese elemento que le falta al derecho ordinario, es decir, en la superioridad jerárquica; el motivo de la elevación de rango de los derechos de libertad debería permitir también deducir su significado. Como se ha puesto de manifiesto, ese motivo lo facilitó el legislador inglés, cuya política fiscal proporcionó a los colonos norteamericanos la experiencia de que las máximas burguesas de libertad e igualdad no más podían considerarse protegidas por el legislador parlamentario sin más. El derecho ordinario no ofrecía protección alguna frente a las amenazas a la libertad emanadas no del ejecutivo, sino del legislativo: en consecuencia, el orden burgués, en tanto que institucionalizado exclusivamente en el plano del derecho legal, se halla indefenso frente al titular del poder que establece el derecho y existe sólo en la medida en que aquél se somete voluntariamente a sus máximas. Por ello los derechos fundamentales no deben depender sólo de la buena voluntad del gobernante, sino también estar jurídicamente afianzados, lo que sólo ocurre a partir del establecimiento de un derecho de rango superior que vincule también la creación de derecho. Precisamente ésta es la tarea que desempeñan los derechos fundamentales: otorgan al derecho ordinario, producto del orden burgués, una garantía adicional de que el Estado no sólo lo impone frente a personas privadas, sino que también él mismo lo respeta.

No obstante, esto no describe suficientemente la función de los derechos fundamentales. Sólo frente a un orden burgués ya construido podían desempeñar el papel de garantía adicional contra los retrocesos o abusos estatales. Ante esta situación se hallaban los americanos en su revolución del año 1776: con la garantía jurídico-constitucional del orden social burgués ya establecido, éste había logrado su meta. En cambio, la Revolución francesa perseguía en primer lugar el objetivo de implantar dicho orden contra la estructura social feudal-estamental y la praxis estatal de tipo mercantilista y dirigista. Este objetivo no se logró con el establecimiento de una garantía jurí-

34. Véase D. Grimm, «Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung», en *Id., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987, p. 192; *ibid.*, «Bürgerlichkeit im Recht», p. 11.

dico-fundamental de estabilidad para el derecho ordinario, sino que hizo necesaria la reforma completa de la totalidad de éste por vía legislativa. No obstante, dado que el trabajo de reforma comenzó con la promulgación de los derechos fundamentales, la función de éstos hubo de ser distinta de la que tuvieron en América. También afectaron al poder legislativo, pero no lo hicieron primariamente como mandato de abstención; los derechos fundamentales debían, más bien, preceder a la lenta y complicada reorganización del orden jurídico, iniciándola y orientándola conforme a las máximas de libertad e igualdad, así como preservar de los extravíos al legislador de las reformas. Ciertamente, una vez concluida la reforma del derecho ordinario también en Francia los derechos fundamentales pudieron volver a desempeñar su función de garantía y prestar a los logros de la Revolución un elevado poder de permanencia.

En Alemania el orden social burgués no tenía una existencia previa que los derechos fundamentales hubiesen de garantizar, ni se logró por la lucha revolucionaria de la burguesía para ser luego conformado bajo la dirección de aquellos. Por el contrario, las relaciones burguesas formaban parte del interés del Estado, que conservaba su legitimación autónoma y, por ello, fueron ordenadas desde arriba sólo en la medida en que convenía a las necesidades de aquél. De ahí que no se persiguiera la libertad como fin en sí, sino como medio para alcanzar los fines estatales. En el sur de Alemania, la mayoría de las reformas jurídicas de este tipo tuvieron lugar durante la breve existencia de la Liga del Rin, bajo respaldos napoleónico, antes de que se estableciesen constituciones (puestas en marcha por la alta burocracia para neutralizar a soberanos inconstantes o a herederos al trono escasamente fiables) que asegurasen lo logrado. Naturalmente, esto no excluyó que los derechos fundamentales, incluso en esta forma reducida, favoreciesen a sus titulares; sobre todo, no impidió que fueran entendidos como un programa para el completo establecimiento del orden social burgués y que la realización de éste se exigiera apoyada en los derechos fundamentales<sup>35</sup>. El caso prusiano ofrece el mejor ejemplo de los sistemas carentes de derechos fundamentales. Aquí la limitada libertad burguesa descansaba únicamente en la voluntad del Estado; cuando ésta desapareció faltaba toda garantía del *statu quo* alcanzado, así como base jurídica alguna desde la cual exigir su desarrollo.

35. Para la función de llamada de los derechos fundamentales en el siglo XIX, R. Wahl, «Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts», *Der Staat* 18 (1979), p. 321; id., en el n.º 20 de la misma revista, «Der Vorrang der Verfassung», p. 485.

## 2. La posibilidad de separar los derechos fundamentales de sus condiciones originarias

Pese a que el modelo social burgués mostró su reverso ya en el siglo XIX y a que los conceptos de Estado social y de bienestar han perdido fuerza en los países capitalistas que no habían roto radicalmente con la tradición burguesa, los derechos fundamentales mantienen incólume su prestigio. En vista del diagnóstico de la estrecha relación entre derechos fundamentales y sociedad burguesa, es forzoso preguntarse si aquellos son separables de sus condiciones originarias e integrables en sociedades con Estado social o si (de forma solapada y precisamente por ello tanto más eficaz) están al servicio de los intereses burgueses. Los derechos fundamentales mismos proporcionan una respuesta parcial a esta pregunta: pertenece a sus características esenciales el hecho de no distribuir la libertad como las antiguas formas de protección jurídica de ésta, vinculándola a los estamentos o a los privilegios, sino haciéndola valer de manera universal. Por eso, cuando en su fase originaria se pusieron al servicio de los intereses burgueses, este efecto se produjo como consecuencia, no de la norma jurídica misma (al contrario que en el derecho estamental-feudal, abiertamente discriminatorio), sino únicamente de la situación ante la cual se encontraban los derechos fundamentales en sus comienzos. Podemos describir esto brevemente del siguiente modo: las condiciones materiales que hacían utilizable de manera efectiva la libertad formal estaban a disposición de la burguesía, mientras que los estratos inferiores carecían de ellas.

Esta conexión estuvo clara desde el principio. Sin embargo, en la época de la formulación del modelo social burgués aún podía confiarse en que, tras la eliminación de todos los obstáculos a su desarrollo originados por las barreras estamentales, los vínculos corporativos y las reglamentaciones y privilegios estatales, la consecución de los fundamentos materiales necesarios sería una simple cuestión de talento y diligencia. En esto los derechos fundamentales, con su exigencia de validez universal, constituían un anticipo de la universalización de la burguesía. La esfera de actuación que con ellos se inauguraba, ajena totalmente a la posición y al nacimiento, daba a todos la oportunidad de convertirse en burgueses; no aprovechada podía considerarse como fallo personal, que no afectaba a la justicia del sistema<sup>36</sup>. Cuando se

36. Véase D. Grimm, «Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat», en id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 138.

frustró esta expectativa, como consecuencia de que dicho sistema toleraba amplias capas de una miseria inmerecida e inevitable, el contenido universal de los derechos fundamentales se interpretó de un modo que excedía a los intereses burgueses. Tales derechos ofrecieron la plataforma desde la cual reclamar la base material para que las numerosas libertades aseguradas por los derechos fundamentales no siguieran siendo ilusorias para sus titulares sin recursos o se convirtiesen en instrumentos de opresión en manos de los poderosos. Aunque la libertad correspondía a todos, su uso dependía de la propiedad y de la formación, por lo cual la defensa de los derechos fundamentales tuvo que extenderse a las condiciones indispensables para su realización.

Naturalmente, una exigencia como ésta no podía cumplirse sin limitaciones a la libertad en favor de una libertad igual ni sin redistribución de bienes en aras de una libertad efectiva. Por ello los derechos fundamentales universales se convirtieron en una amenaza para los intereses específicamente burgueses y desencadenaron las consiguientes reacciones de éstos: reacciones que no consistieron tanto en el abandono de los derechos fundamentales, que se observa más bien en el marxismo, como en una interpretación defensiva<sup>37</sup>. En primer lugar, el instrumento liberal de realización de los derechos fundamentales, la defensa contra el Estado, fue segregado de su valor supremo, la libertad personal igual, y elevado a fin en sí mismo, pese a las consecuencias que comportaba para la libertad igual de todos. Esto puede leerse de manera especialmente impresionante en los debates sobre el trabajo infantil, cuya limitación legal fue impugnada en nombre de la libertad de propiedad y de contratación, así como del derecho paternal no sobre los hijos. Con el tiempo se llegó a un completo vaciamiento de los contenidos concretos de libertad, presentando los derechos fundamentales como una mera formulación temprana (plantada de modo casuístico y explicable en términos puramente históricos) del principio del Estado de derecho, según el cual el Estado no debía intervenir en la libertad y la propiedad de los individuos sino sobre bases legales. Con esto se negaba todo contenido de los derechos fundamentales que excediera al *status quo* y remitiera a la realización de la libertad concreta; utilizados de esta manera, aquéllos sirvieron efectivamente a los intereses de la burguesía en el momento en que el Cuartito Estado comenzaba a organizar sus intereses políticos.

37. Para la posición marxista, sobre todo, K. Marx, "Zur Judenfrage", en K. Marx y F. Engels, *Werke*, I, Berlín, 1970, pp. 347, 363 ss.; para la interpretación de los derechos fundamentales, véase D. Grimm, "Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts", en *id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 308.

Conocer esto resultaba importante para la pregunta aquí planteada, pues muestra que no fueron los derechos fundamentales, sino una determinada interpretación de los mismos, lo que determinó el fomento de los intereses de la burguesía. Por ello sólo parece conveniente vincular las correcciones a la Ley Fundamental en términos de Estado social, no al contenido de los derechos fundamentales, sino a su función. En tales circunstancias, los derechos fundamentales no están abocados al fracaso por una tendencia incorporada a ellos en favor de los intereses burgueses. Más bien su futuro depende de si el valor supremo al que dan expresión jurídica, a saber, la libertad individual igual, sigue siendo capaz de producir consenso. Libertad significa, a la vez, la preeminencia de la autodeterminación frente a la heteronomía, la posibilidad de proyectar un plan de vida propio, de establecer relaciones ventajosas, pero siempre con la reserva de un derecho igual para todos. De ahí se derivan necesariamente limitaciones a la libertad, aún mayores en una sociedad a la que el progreso científico-técnico hace cada vez más interdependiente y llena de riesgos. Sin embargo, el postulado de la libertad conserva la preeminencia, en tanto que todas las limitaciones se legitiman en dicho valor supremo y las condiciones para la realización de la libertad individual igual han de producirse conforme a ella.

Quando el consenso social básico se subordina en lo sucesivo a tal concepto, la protección jurídico-fundamental de este conserva su sentido. Su importancia incluso ha aumentado a la vista del estrecho contacto entre Estado y sociedad y la elevada dependencia del individuo con respecto a las prestaciones estatales. Sin dicha protección, la libertad personal quedaría confiada únicamente a la voluntad de reconocimiento de los órganos del Estado y a la disposición de la población a defenderse. No obstante, faltan criterios concretos, jurídicamente realizables, para la acción política. Esto comporta una carencia considerable, puesto que la libertad del orden social está menos amenazada por desmantelamientos espectaculares que por modificaciones estructurales de las condiciones de realización de la libertad y por la suma de insignificantes disminuciones de aquélla<sup>38</sup>. Además, también la relativa autonomía de las distintas esferas de funciones sociales permanece sin asegurar. La relevancia de los derechos fundamentales para la libertad está en que afianzan el nivel de prestaciones sociales que en el momento actual no podría mantenerse, habida cuenta de la limitada

38. Véanse la investigación de A. Rossnagel titulada, de modo un tanto publicitario, *Radikaltäter Zerfall der Grundrechte* München, 1984; también D. Grimm, "Verfassungsgeschichtliche Anmerkungen zum Thema Prävention", en *id.*, *Die Zukunft der Verfassung*, cit., p. 197.

capacidad del Estado para gobernar mediante la dirección política<sup>39</sup>. Pero, ante todo, los derechos fundamentales impiden la acumulación de poder en manos del Estado, ante la cual las garantías individuales de la libertad (incluso si dicha acumulación no fuese reducida por la vía jurídico-constitucional) no tendrían, de hecho, sino pequeñas posibilidades de implantación.

De este modo, los derechos fundamentales sólo pueden desempeñar su papel si se adaptan a la cambiante actividad estatal y a las nuevas amenazas a la libertad sin permanentes modificaciones en los textos. En este punto se produce realmente una ampliación de su función respecto a lo que ocurría en la fase burguesa inicial, cuando los derechos fundamentales hubieron de extenderse de manera protectora sobre una situación de libertad ya existente para defenderla contra los abusos estatales. Esto vale, ante todo, para las declaraciones de derechos americanas; para las francesas, sólo después de que su función directiva se consumiese al completarse la reforma jurídica. Ciertamente, tras esto se hallaba la esperanza de que la libertad, una vez lograda, fuese definitivamente protegida por los derechos fundamentales. Esta hipótesis se mostró errónea: la sociedad liberal generó constantes peligros para la libertad, ya en la forma de acumulación de poder social, ya en la de amenazas generadas por el progreso científico-técnico. De este modo, la función directiva de los derechos fundamentales, considerada en su origen como únicamente provisional, se convierte hoy en tarea permanente, puesto que los componentes de los derechos fundamentales que sobrepasan el *status quo* resultan aún más importantes que los que lo garantizan. Los derechos fundamentales acúan como señal de alarma, incorporada al orden jurídico, de los déficits de libertad del derecho válido y como principio dinámico del reajuste del derecho. No debe pasarse por alto que esta dinamización de los derechos fundamentales se adquiere al precio de lesionar la seguridad jurídica y el poder vinculante del derecho, aunque aquí ya no podemos entrar en más detalles<sup>40</sup>.

[Traducción de Raúl Sanz Burgos]

39. Véase N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin, 1974.

40. Para ello, véase D. Grimm, «Grundrechte und soziale Wirklichkeit», en W. Hassemer et al. (eds.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden, 1982, p. 39.

## EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN SU DESARROLLO HISTÓRICO

### I. DIRECCIÓN DEL DESARROLLO

En la segunda mitad del siglo XVIII se observa una tendencia general a la juridificación de la soberanía estatal, de la que también participa el concepto de *constitución*. Este, inicialmente un concepto empírico que reflejaba en su integridad la situación política de un Estado, expulso progresivamente sus componentes no jurídicos para limitarse a los aspectos jurídicos de aquél y, por último, tras la transición al constitucionalismo moderno, limitarse a la ley reguladora de la organización y el ejercicio de la soberanía estatal, evolucionando así desde un concepto descriptivo a uno prescriptivo. En el curso de esta evolución es posible reconocer en el concepto de constitución algunas particularidades que caracterizan la transformación del lenguaje político desde 1770. El concepto de constitución se sobrecarga en sentido normativo y se ideologiza: tan sólo puede considerarse dotado de *constitución* un ordenamiento que manifieste determinadas cualidades formales o de contenido. Desarrollado de este modo, el concepto no necesita ya, desde el punto de vista lingüístico, referirse a objeto alguno, sino que descansa sobre sí mismo. A la vez, la *constitución* se temporaliza en el sentido de convertirse en un concepto-fín, portador de determinadas expectativas que han de cumplirse a través de la historia. Pero el concepto jurídicamente restringido de constitución nunca llegó a alcanzar un predominio indiscutido. No sólo los adversarios del constitucionalismo moderno quisieron conservar el concepto antiguo, neutral-descriptivo, ahora ya politizado: una vez consolidado el Estado constitucional, tan pronto como la constitución

deja de cumplir las expectativas puestas en ella, emerge de nuevo la pregunta por los factores determinantes que se hallan tras la constitución jurídica y la mirada se vuelve entonces hacia el conjunto de la constitución político-social. En la República de Weimar, la relación entre ambas retornó al centro de la discusión constitucional hasta que el nacionalsocialismo decidió radicalmente la cuestión en perjuicio de la constitución normativa.

## II. LOS COMIENZOS DEL CONSTITUCIONALISMO

### 1. La terminología prerrevolucionaria

Mientras en Norteamérica y Francia dos revoluciones coronadas por el éxito habían conducido a la promulgación de constituciones modernas, en Alemania aún se entendía por *constitución* (*Konstitution*) la ley promulgada por el emperador, independientemente de su importancia o de su objeto. En cambio, las normas que regulaban el ejercicio del poder se denominaban leyes fundamentales o *leges fundamentales*. En definitiva, *constitución* no se utiliza como concepto normativo sino empírico, referido a la situación del Estado; situación que puede describirse como producto de evoluciones históricas, circunstancias de hecho e instituciones jurídicas; pero que también puede crearse por medio de leyes fundamentales: el contractualismo jurídico naturalista la entendía habitualmente en este sentido restringido. Dentro del esquema contractual en tres fases preferido en Alemania, consistente en el acuerdo de abandonar el estado de naturaleza y unirse en el Estado (*pactum unionis*), el establecimiento de la forma de gobierno (*pactum ordinationis*) y la declaración de sometimiento al soberano (*pactum subiectionis*), al segundo contrato se le denomina cada vez más *contrato constitucional*, y a su objeto, *constitución del Estado*: «El contrato por medio del cual se determina la constitución se denomina 'contrato constitucional'. Las mismas estipulaciones contenidas en él integran las leyes fundamentales de la sociedad»<sup>1</sup>. De esta manera, el contrato constitucional y las leyes fundamentales se revelan como las dos caras de una misma cosa: mientras el primero destaca el proceso, las segundas designan el resultado. La constitución es, pues, la índole política del Estado, creada contractualmente y determinada por medio de leyes fundamentales. De modo similar actúa la

1. J. A. Schierwein, *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Giessen, 1784, p. 364.

diciencia del derecho público del Imperio al colocar, en lugar del *pactum ordinationis* del pueblo, contratos entre el emperador y los estados imperiales. Las leyes fundamentales, en tanto que fundadas contractualmente, sustraen la constitución a la transformación unilateral por parte del gobernante: «El poder supremo mismo sólo se origina en virtud de estas leyes, las cuales, por lo tanto, no pueden jamás venir de él. De ahí también que el poder supremo... no tenga jamás derecho alguno sobre las leyes fundamentales del Estado, sino que sea únicamente el pueblo reunido quien pueda llevar a cabo una modificación en este punto»<sup>2</sup>. «Por tanto, deben distinguirse dos clases de poderes en los estados: el poder supremo activo, implantado a través de las constituciones fundamentales del Estado, y el poder fundante del pueblo reunido, del cual surge aquél, y que permanece inactivo del pueblo tiempo, hasta que se plantea la pregunta sobre cuál es la constitución fundamental o hasta que el Estado se halla en peligro extremo de hundimiento»<sup>3</sup>. Como consecuencia de este modo de entender la constitución, no existe Estado alguno carente de la misma; antes bien, donde hay Estado hay constitución y donde ésta falta impera el estado de naturaleza. Por el contrario, son enteramente posibles diferentes contenidos constitucionales: la figura del contrato somete a decisión la cuestión constitucional. En relación con el problema de la forma de gobierno la doctrina se atiene completamente al esquema aristotélico: el concepto de constitución no se desarrolla para alguna en concreto ni excluye a ninguna. Tampoco está fijado a la forma documental. En tales aspectos el constitucionalismo moderno marcha por otros caminos.

### 2. El significado del término *constitution* en Inglaterra

El constitucionalismo moderno se desarrolla en Inglaterra, pero no se perfecciona allí. En el marco lingüístico anglosajón<sup>4</sup>, *constitution* no significa, inicialmente, nada distinto de una ley particular promulgada formalmente; pero con la participación de los Lores y los Comunes en la creación del derecho esta expresión es sustituida gradualmente por la de *statute*. En cambio, el modo de ejercer el poder se denomina *form of government*. No obstante, en el siglo XVII el término *constitution* emerge con un nuevo significado, en parte se-

2. J. H. G. v. Justi, *Natur und Wesen der Staaten als die Quelle aller Regierungswissenschaften und Gesetze*, Múna, 1771; Aalen, 1969 (reimp.), p. 91.

3. *Ibid.*, pp. 99 ss.

4. En este punto me apoyo, sobre todo, en la bibliografía definitiva constituida por los conocidos trabajos de G. Stourzh.

mejante a *form of government*, en parte a *fundamental laws*. En un debate parlamentario de 1610 sobre la petición de nuevos tributos por parte de Jacobo I, White Locke sostuvo que las decisiones del rey atacaban «against the natural frame and constitution of the policy of this kingdom»<sup>5</sup>. Esta formulación, en la cual *constitution* no es todavía un concepto independiente, sino que necesita un objeto, la *policy* (en el sentido de *body politic*), retorna en 1642 en una réplica al parlamento redactada para Carlos I, en la cual se invoca la «ancient, equal, happy, well-poised and never-enough commended Constitution of this Kingdom» para hablar, sólo un poco más tarde, de la «excellent Constitution of this Kingdom»<sup>6</sup>. Con el comienzo de la guerra civil en 1642, se multiplica el uso del término *constitution* en plural y con sentido idéntico a *fundamental laws*. En este contexto, la expresión *constitution* se beneficia de la elevada formalidad que la distingue de las *laws*. En 1643 aparece una obra anónima: *Touching the Fundamental Laws, or Politique Constitution of this Kingdom*<sup>7</sup>. En la acusación de 1649, Carlos I es inculcado de haber violado las *fundamental constitutions* del reino<sup>8</sup>. En cambio, la construcción es criticada promulgada por Cromwell en 1653 tras la ejecución de aquél y la supresión de la monarquía no recibe el nombre de *constitution*, sino el oficial «The Government of the Commonwealth of England, Scotland, and Ireland, and the dominions there unto belonging», en el sentido de *Instrument* (equivalente a *document*) of *Government*<sup>9</sup>. No obstante, Locke califica explícitamente su proyecto de constitución para Carolina del Norte como *Fundamental Constitutions of Carolina*. En este documento se encuentran las dos raíces de *constitution* al afirmar que las 120 *Fundamental Constitutions* deberían ser «the sacred and unalterable form and rule of government of Carolina for ever»<sup>10</sup>. Sólo en un texto oficial de comienzos de 1688,

5. J. White Locke, citado por Joseph Robson Tanner, *Constitutional Documents of the Reign of James I*, Cambridge, 1930, 1961 (reimp.), p. 260; véase C. H. McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern* (1940), Ithaca, 1966, p. 25.

6. Carlos I, *Answer to the 19 Propositions of Both Houses of Parliament*, London, 1642, reproducido en C. Comstock Weston, *English Constitutional Theory and the House of Lords 1536-1832*, London, pp. 263 ss.

7. Citado por J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History* (1955), Oxford, 1961, p. 99.

8. «The Sentence of the High Court of Justice upon the Kings», 27 de enero de 1649, reproducido en S. R. Gardiner (ed.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1628-1660* (1889), Oxford, 1906, 1968 (reimp.), p. 372.

9. Instrument of Government, 16 de diciembre de 1653, *ibid.*, p. 405.

10. J. Locke, «The Fundamental Constitutions of Carolina», 1 de marzo de 1669, *Works*, 10, 1823, 1963 (reimp.), p. 198.

relacionado con la abdicación de Jacobo II, se encuentra el concepto *constitution*. El rey era acusado de «to subvert the constitution of the kingdom»<sup>11</sup>. El uso de la expresión *British constitution*, en singular, sólo se consolida a partir de la *Glorious Revolution* para referirse siempre a las reglas fundamentales de la organización estatal, cuya infracción acarrea consecuencias: frente a la «ordinary public oppression» que se da, según Blackstone, cuando «the vitals of the constitution are not attacked», caben los recursos jurídicos normales; sin embargo, cuando la tiranía apunta «to dissolve the constitution, and subvert the fundamentals of government», denominada *unconstitutional oppression*, el pueblo tiene derecho de resistencia<sup>12</sup>. A ello se remitirían, más tarde, los colonos americanos.

### 3. La implantación del constitucionalismo moderno en Norteamérica

A imitación de los usos lingüísticos desarrollados en Inglaterra tras la *Glorious Revolution*, las *Colonial Forms of Government* o *Colonial Charters* norteamericanas se designaban a menudo, ya a mediados del siglo XVIII, como *constitution*. Ciertamente, a diferencia de Inglaterra, la expresión se refiere aquí a normas jurídicas escritas reunidas en un documento, que disponen las competencias y los límites del poder estatal del país de manera obligatoria para aquél. Tras el comienzo de las hostilidades con la metrópoli en 1764, los colonos interpretaron desde este punto de vista la constitución inglesa, que inicialmente aún alegaban en defensa de sus derechos: «In all free states the constitution is fixed, and as the supreme legislative derives its power and authority from the constitution, it cannot overleap the bounds of it without destroying its own foundation»<sup>13</sup>. Sólo la negativa de la metrópoli a aceptar ese modo de entender la constitución obligó a los colonos a romper con la corona inglesa y a establecer un poder estatal propio. Para la tradición colonial era incontestable que esto había de tener lugar bajo la forma de constitución (*constitution*), pero considerando ésta en tres aspectos al margen de la manera inglesa de entenderla. En primer lugar debía estar puesta por escrito, pues «a constitution... has not an ideal, but a real existence;

11. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* I,3 (1765), London, 191787, t. 1.

12. *Ibid.*, I,7, pp. 237 y 244 ss.

13. «Massachusetts Circular Letter to the Colonial Legislatures», 11 de febrero de 1768, reproducido en M. Jensen (ed.), *American Colonial Documents to 1776*, London, 1955, p. 715.



établi dans la manière de gouverner»<sup>20</sup>, si así se quiere, «l'expression des droits et des obligations des différents pouvoirs»<sup>21</sup>. En este punto se acoge a la antigua idea de la constitución como forma de gobierno, si bien identificándola con las normas jurídicas que la determinan y ligándola a la forma documental. No obstante, también es característico de la constitución que el ordenamiento emane del pueblo: «Quand la manière de gouverner ne dérive pas de la volonté du peuple clairement exprimée, il n'a point de constitution; il n'a qu'un gouvernement de fait». Asimismo, ese orden ha de trazar los límites del poder estatal: «Si cette autorité n'a point de bornes, elle est nécessairement arbitraire, et rien n'est plus directement opposé à une constitution que le pouvoir despotique»<sup>24</sup>. Finalmente, el orden debe servir de base a los derechos del hombre<sup>25</sup>. Este concepto de constitución (que ya no es negado por principio en los debates) alcanza su expresión normativa obligatoria en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre, al establecer: «Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution»<sup>26</sup>.

##### 5. El cambio de significado de Konstitution en Alemania

Como consecuencia de la promulgación de constituciones modernas en los países occidentales, el concepto de *constitution* (*Konstitution*) pierde en Alemania su antiguo significado de ley imperial y pasa a utilizarse como sinónimo de *constitution*, *contrato constitucional*, *forma de gobierno* o *leyes fundamentales*, aunque sin desplazar por completo a esas expresiones. El cambio tiene lugar de manera rápida y radical. En 1788 el *Gemeinnütziges Lexikon* de Roth define aún *Constitution* como «la naturaleza de una cosa, por ejemplo, del cuerpo, del alma, etc.; igualmente, de una ley y de un reglamento estatal»<sup>27</sup>. Un año más tarde aparecen los primeros documentos en los que se utiliza el término *Konstitution* en el nuevo sentido<sup>28</sup>. En 1798,

23. J.-J. Mounier, discurso del 9 de julio de 1789, en J. Madival et al. (eds.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. 8, París, 1875, p. 214.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*, p. 216.

26. Constitution Française de 3 de septiembre de 1791, art. 16, recogido en *Staatsverfassungen. Eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart*, ed. de G. Franz, München, 1964, p. 306.

27. Joh. F. Roth, I (1788), p. 93, voz «Constitution».

28. W. X. Aloysius Feh. v. Kreittmayr, *Grundriss des Allgemeinen, Deutsch- und Bayerischen Staatsrechts* (1770), München, 1789, I, p. 14; Joh. G. Schlosser, *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere*, Frankfurt a.M., 1789, p. 119.

este concepto está ya tan extendido que el *Conversationslexikon mit vorzüglicher Rücksicht auf die gegenwärtigen Zeiten*, en la voz «Constitution», se limita a definirlo como la «suma de las leyes fundamentales del Estado»<sup>29</sup>. La expresión moderna se utiliza preferentemente cuando el discurso se refiere a los nuevos documentos constitucionales y en particular a los franceses. En 1792, Humboldt titula un artículo en el *Berlinische Monatsschrift* «Ideen über Staatsverfassung, durch die neue Französische Konstitution veranlasst» (Ideas sobre la constitución del Estado, con motivo de la nueva constitución francesa)<sup>30</sup>. Mas el concepto no tardó en sobreponerse a los antiguos contenidos, pasando la mayoría de los autores a dividir el *derecho público* (*Staatsrecht*) en *derecho constitucional* (*Constitutionsrecht*) y *derecho del gobierno* (*Regierungsrecht*); mientras que el primero se ocupa del sujeto del *poder del Estado*<sup>31</sup> o de las *formas de gobierno*<sup>32</sup>, el último atañe al ejercicio del poder estatal. Numerosos autores integran la *Constitution* en el familiar esquema contractual. Puede presentar entonces la conclusión misma del contrato, como en Kant, que define *Constitution* como «el acto de la voluntad general por el cual una muchedumbre se transforma en pueblo»<sup>33</sup>; análogamente, para Behr «la muchedumbre vive en el estado de naturaleza hasta que se reúne bajo una constitución de ciudadanos por medio de una constitución (*Constitution*)»<sup>34</sup>. Sin embargo, es más frecuente referirse a ella como la forma de gobierno creada por medio del contrato. Del mismo modo, Eberhard parte de la necesidad de determinación legal de las relaciones de poder en la sociedad; esa ley ha de «determinar el modo en que debe ejercerse la soberanía y ese modo es su constitución (*Constitution*)»<sup>35</sup>. Contrariamente a los ejemplos americano y francés, la *Konstitution* permanece en este caso separada de su ex-

29. *Conversationslexikon mit vorzüglicher Rücksicht auf die gegenwärtigen Zeiten*, Leipzig, 1796, I, p. 288, voz «Constitution».

30. W. v. Humboldt, «Ideen über Staatsverfassung, durch die neue Französische Konstitution veranlasst. Aus einem Briefe an einen Freund»: *Berlinische Monatsschrift* (1792), pp. 84 ss.

31. N. Th. Gönner, *Deutsches Staatsrecht*, Augsburg, 1805, pp. 4 ss.; J. Chr. Leist, *Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts* (1803), Göttingen, 1805, pp. 1 ss.

32. A. L. Schözer, *Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungslere*, Göttingen, 1793, pp. 14 ss.

33. I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, sección 2 (1795), Akademie Ausgabe, 8 (1912), 1968 (reimp.), p. 352.

34. W. J. Behr, *Über die Notwendigkeit des Studiums der Staatslehre besonders auf Akademien nebst einem vorausgesetzlichen Grundriss eines Systems derselben*, Würzburg, 1800, p. 81.

35. J. A. Eberhard, *Ueber Staatsverfassungen und ihre Verbesserung*, I, Frankfurt a.M., Leipzig, 1794, p. 35.

presión legal. El concepto se refiere, como antes el de *Verfassung*, a la condición política de un Estado. En definitiva, para la mayoría de los autores *Konstitution* aparece como «la suma de todas las disposiciones esenciales...» que conciernen a la organización de la soberanía por medio de su sujeto necesario y a la forma que aquélla debe tener<sup>36</sup>. De este modo, a diferencia de Eberhard, la constitución (*Konstitution*) es atraida al plano normativo, mas no se identifica con su forma legal, sino que permanece como concepto que reúne bajo esta denominación a diferentes normas ligadas por un objeto común, igualándose de este modo a las leyes fundamentales. La formulación más clara se halla en Feuerbach: «Las leyes que determinan la constitución se llaman leyes (positivas) fundamentales (*leges fundamentales*): la síntesis de las mismas, constitución»<sup>37</sup>.

#### 6. Los usos defensivos del término Konstitution

Después de 1789 una serie de autores acostumbra a denominar *Konstitution* a la constitución del Imperio. Häberlein, en su escrito «Über die Güte der deutschen Staatsverfassung» (Sobre la bondad de la Constitución estatal alemana), presenta la transformación de las «constituciones (*Konstitutionen*) precedentes» como el acontecimiento más importante del presente. Menciona expresamente a Francia, Suecia y Polonia<sup>38</sup>; en lo tocante al Imperio, pone de relieve que éste posee «ya una constitución» para afirmar enseguida: «sí, es cierto que nuestra constitución (*Konstitution*) puede contarse entre las mejores»<sup>39</sup>. Tras este tipo de declaraciones suele hallarse el deseo de prevenir la revolución: se trataba de probar que Alemania poseía desde tiempo atrás el beneficio que Francia había tenido que conseguir por medio de aquélla. Así Reinhold explica que sólo habría motivo suficiente para la revolución cuando la construcción del Estado hubiese devenido «caduca». Pero Alemania no se encontraba en esa situación: «Grado «caduca». Pero Alemania no se encontraba en esa situación: «Grado a su afortunada constitución (*Constitution*) estamos más seguros que cualquier otra gran nación contra la enfermedad más funesta del cuerpo del Estado»<sup>40</sup>. Otro ejemplo de esta postura lo proporciona

36. J. Chr. Majer, *Allgemeine Theorie der Staatskonstitution*, Hamburgo, Kiel 1799, p. 19.

37. P. J. A. Feuerbach, *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, 1. Erfurt, 1798; Darmstadt, 1967 (reimp.), p. 34.

38. C. Fr. Häberlein, «Über die Güte der deutschen Staatsverfassung», *Deutsche Monatsschrift*, 1, 1793, p. 3.

39. *Ibid.*, p. 4.

40. C. L. Reinhold, *Briefe über die Kantische Philosophie*, 1. Leipzig, 1790; 1923 (reimp.), pp. 15 ss.

Wieland, que aún en 1790 había salido en defensa de la Revolución francesa frente a sus críticos: el punto de partida de los revolucionarios habría sido, con razón, que el «inmenso beneficio de una constitución (*Constitution*) libre no puede adquirirse a un precio demasiado caro»<sup>41</sup>. Dos años y medio más tarde, explica la ausencia de revolución en Alemania por la bondad de su constitución: «El pueblo alemán habría abandonado hace tiempo el papel de mero espectador para transformarse en persona activa» de no haber poseído ya, en gran parte, los logros que Francia no pudo imponer sino de manera violenta. «La tranquilidad interna que hemos disfrutado hasta la fecha... en toda la patria alemana, prueba ya con mucho las buenas cualidades de nuestra constitución»<sup>42</sup>. Con ello niega que exista diferencia fundamental alguna entre la constitución francesa y la constitución imperial alemana: ambas representan metas variantes de un concepto uniforme. Los rasgos característicos que distinguen a la francesa no aparecen como contenidos necesarios del concepto. Su ausencia no representa incluso una virtud para algunos: así sucede cuando Dalberg califica la constitución imperial de «sólido edificio gótico, pero en no erigido precisamente según las reglas de la arquitectura, pero en el cual, de todos modos, se habita con seguridad»<sup>43</sup>. En estas circunstancias, sigue siendo imposible diferenciar los estados según la existencia o no de constitución. En un evidente giro contra Francia, sostiene Eberhard que no sólo tiene una «constitución estatal válida» en aquella «nación... que haya depositado sus leyes fundamentales en monumentos escritos»<sup>44</sup>. La constitución sobre el cual se escribe el John Adams, «no el papel o el pergamino sino el cual se escribe el acuerdo», sino «la suma de las leyes fundamentales por la cual se rige un pueblo»<sup>45</sup>. Naturalmente, pasa por alto que según Adams aquélla dependía, precisamente, de la forma documental.

#### 7. La constitución formal como condición de la libertad

No obstante, cada vez se alzaban más voces que sólo consideraban realizada la idea de contrato en una constitución formal según el modelo

41. Chr. M. Wieland, *Unparteiische Betrachtungen über die Staatsrevolution in Frankreich*, 1790, SW 31, 1857, p. 86.

42. Chr. M. Wieland, *Betrachtungen über die gegenwärtige Lage des Vaterlandes*, 1793; *ibid.*, pp. 222 ss.

43. C. v. Dalberg, *Von Erhaltung der Staatsverfassungen*, Erfurt, 1795, p. 14.

44. J. A. Eberhard, *Ueber Staatsverfassungen...* cit., II, p. 15.

45. J. Adams, *Beantwortung der Reynoldschen Schrift von den Rechten der Menschheit*, trad. al. de W. H. F. Abrahamson, Kopenhagen, 1793, cit. por J. A. Eberhard, p. 16.

francés. Así dice Wedekind, para quien la constitución se supone basada en un acuerdo del pueblo: «Aunque un país tenga una constitución de gobierno (*Regierungsverfassung*), sólo consigue una constitución (*Konstitution*) cuando las reglas según las cuales debe regirse pueden valer como un contrato libremente contraído por los ciudadanos, acordado por el pueblo en sus asambleas originarias»<sup>46</sup>. De este modo, las normas ya no descansan en el contrato sino que son el contrato mismo; éste constituye únicamente el procedimiento necesario de su realización. Por eso Wedekind se dirige contra la extendida hipótesis inusualista según la cual el contrato constitucional podría también concluirse de manera tácita, tesis que encuentra ahora mayor resistencia. Pörschke ve en esta construcción un «experimento caprichoso de extrañas características»<sup>47</sup>. «El mito de los contratos tácitos de los pueblos» ha «dado carta blanca a quienes detentan el poder»<sup>48</sup>. Bergk califica los contratos tácitos como «encubrimientos de la maldad, porque no consideran al hombre como un ser libre e independiente»<sup>49</sup>. Heydenreich lo expresa de manera lapidaria: «todos los contratos son expresos»<sup>50</sup>. En estas circunstancias, el contrato debe conducir a normas formuladas por escrito. Los requisitos formales encuentran su fundamento en el contenido que las construcciones están predestinadas a exigir: la libertad individual. El defecto de las «repúblicas de la antigüedad» se encontraba, precisamente, en que la libertad no estaba asegurada mediante «constituciones»<sup>51</sup>. Bergk designa la «constitución (*Konstitution*) jurídica... como el baluarte de la libertad ciudadana... ningún ciudadano de un Estado es libre sin constitución jurídica»<sup>52</sup>. Para Weiss, los derechos tampoco están asegurados en un Estado fundado jurídicamente cuando el poder de éste se halla concentrado en la cúspide; pues en este caso, la defensa del derecho depende sólo de la buena voluntad de aquél. Como medio contra esto

46. G. Wedekind, *Die Rechte des Menschen und Bürgers, wie sie die französische konstituierende Nationalversammlung von 1791 proklamierte*, Mainz, 1793, en *Die Mainzer Republik I. Protokolle des Jakobinerklubs*, ed. de H. Schöel, Berlín, 1975, p. 766.

47. K. L. Pörschke, *Vorbereitungen zu einem populären Naturrechte*, Königsberg, 1795, p. 26.

48. *Ibid.*, p. 169.

49. J. A. Bergk, *Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrecht mit einer Kritik der neuesten Konstitution der französischen Republik*, s. I., 1796; KronbergTs., 1975 (reimp.), p. 81.

50. K. H. Heydenreich, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, 2. Leipzig, 1795; Brunnells, 1969 (reimp.), p. 105.

51. J. A. Bergk, *Untersuchungen...*, cit., p. 239.

52. *Ibid.*, p. 45.

recomienda: «La nación debe establecer su constitución... también exterramente»<sup>53</sup>. De este modo, la protección alcanza a la constitución y a su forma jurídica. Por ello Bergk habla elogiosamente de la *constitución jurídica (rechtlicher Konstitution)* y, en algún texto, incluso de las *leyes constitucionales (Konstitutionsgesetzen)*, que contienen las normas jurídicas y políticas de naturaleza coactiva<sup>54</sup>. Por ello Zachariä se propone distinguir de la constitución estatal (entendida al viejo modo, como forma de gobierno jurídicamente determinada) un concepto de constitución más limitado, el de las «leyes en función de las cuales el Estado existe y actúa como persona moral»<sup>55</sup>. Para aclarar esta diferencia, Majer denomina, en 1799, a la «suma de todas las circunstancias observables y efectivas en éste» (el Estado), es decir a la constitución en sentido antiguo, no ya *constitución*, sino *statu quo*<sup>56</sup>, reservando la expresión *Konstitution* para las normas jurídicas situadas por encima del poder estatal.

### 8. Aportaciones materiales al concepto de constitución

Tras los requisitos formales que comenzaban a vincularse a la constitución se transparentan exigencias materiales, habitualmente reunidas bajo la denominación de *constitución libre (freien Constitution)*<sup>57</sup>. De modo análogo al artículo 16 de la francesa Declaración de los Derechos del Hombre, los derechos humanos y la separación de poderes, junto con la representación popular, constituyen también en Alemania los criterios para calificar una situación como liberal. En tanto la bondad o racionalidad de la constitución llegó a depender de la existencia de estas instituciones, se manuvieron las exigencias materiales propias de la tradición doctrinal de la buena constitución del Estado, sin añadir nada al concepto de constitución. Rompiendo en algunos casos con el uso tradicional del término *constitución*, se rechazaba éste para las formas de gobierno en que la libertad no se aseguraba por esta vía. De este modo, Wedekind extrae el concepto de *constitución* directamente de los derechos humanos. Entiende la «constitución (*Konstitution*)» como el acuerdo de los ciudadanos para asegurar sus derechos de hombres y ciudadanos mediante leyes o

53. Chr. Weiss, *Lehrbuch der Philosophie des Rechtes*, Leipzig, 1804, p. 252, § 428.

54. J. A. Bergk, *Untersuchungen...*, cit., pp. 45 y 290.

55. K. S. Zachariä, *Über die vollkommenste Staats-Verfassung*, Leipzig, 1800, p. 11.

56. J. Chr. Majer, *Allgemeine Theorie...*, cit., p. 21.

57. Chr. M. Wieland, *Unparteiische Betrachtungen...*, cit., p. 81.

reglas ciertas». Por ello, las garantías jurídicas de los derechos humanos pertenecen al concepto de *constitución* (*Konstitution*): «Ningún Estado en el que no se asegure la garantía de los derechos del hombre y en el cual la separación de poderes no esté determinada con precisión puede vanagloriarse de poseer una constitución»<sup>58</sup>. Wedekind, naturalmente, no es el único autor que al final del siglo XVIII se pronuncia en favor de los derechos del hombre, pero sí es el primero en vincularlos de este modo a la constitución. Para Bergk, los derechos del pueblo no los aseguran «por sí solos ni leyes justas ni un buen monarca»; por el contrario, la libertad ciudadana sólo halla seguridad en una constitución (*Konstitution*) con separación de poderes: «Ningún Estado donde estén en vigor los derechos feudales, donde ningún código civil es válido para todos y donde el gobierno no puede ser empujado a cumplir con sus obligaciones mediante la coacción; donde, por consiguiente, no está implantada constitución alguna que mediante la separación de poderes haga posible y efectivo el derecho y encadene el egoísmo, disfruta de libertad civil»<sup>59</sup>. La existencia de representación popular y participativa en la división de poderes. A comienzos del siglo XIX, y particularmente en la discusión prusiana sobre la constitución, ésta se identifica con frecuencia con la representación popular. En la memoria de Stein de 1806 sobre la organización del gabinete se lee lo siguiente: «El Estado prusiano carece de constitución estatal, el poder supremo no está dividido entre el gobernante y los representantes de la nación»<sup>60</sup>. Dahlmann califica como «... vano juego de manos» a «todo constitucionalismo» en el que falta la representación popular. Las constituciones de esta clase no son, desde su punto de vista, sino «constituciones a medias y a cuartas partes»<sup>61</sup>.

### 9. El derecho a modificar la constitución

Allí donde la constitución se identifica con una forma y un contenido determinados, hasta el punto de que la ausencia de estas características se sitúa en general al mismo nivel que la carencia de constitución, no hay duda de que se considera factible (incluso de que se debe)

58. G. Wedekind, *Die Rechte des Menschen und Bürgers...*, cit., p. 766.

59. J. A. Bergk, *Untersuchungen...*, cit., pp. 38 y 41.

60. K. Fih. vom und zum Stein, «Denkschrift Darstellung der fehlerhaften Organisation des Kabinetts und der Nothwendigkeit der Bildung einer Ministerialkonferenz», 26/27 de abril de 1806, Br. IV, *Schr.*, 2/1, 1959, p. 208.

61. Fr. Chr. Dahlmann, *Ein Wort über Verfassung*, 1815, ahora en H. Brandt (ed.), *Restauration und Frühliberalismus 1814-1840*, Darmstadt, 1979, p. 105.

implantar una constitución (*Konstitution*). Al contrario, si (como aún aceptaba la mayoría) la constitución surge con el Estado, la implantación de una constitución (*Konstitution*) aparece como modificación constitucional, lo cual hace surgir la pregunta por las condiciones y límites bajo los cuales aquella es admisible. Este tema agita la doctrina alemana posterior a 1789 de manera extraordinariamente vigorosa, pues lo que se halla en juego es nada menos que la legitimidad de la revolución. «¿Tiene un pueblo derecho, en general, a modificar su constitución estatal a su arbitrio?»<sup>62</sup>, pregunta Fichte en su escrito en defensa de la Revolución francesa, pregunta a la que regresa una y otra vez. Su respuesta dice: una constitución que contradice los principios de la razón debe ser modificada, una constitución racional no puede modificarse<sup>63</sup>, no obstante, distinga entre un núcleo inmutable y aspectos modificables. Para los cambios exige *unanimität ab soluta*, puesto que quien se hubiese decidido a entrar en la unión estatal sólo a la vista de una determinada constitución no podría ser obligado a aceptar las modificaciones contra su voluntad<sup>64</sup>. En cambio, Kant pretende que las «modificaciones de la constitución estatal (defectuosa)» sólo sean llevadas a cabo con el consentimiento del soberano y, en consecuencia, «mediante la reforma», no a través de «la revolución»<sup>65</sup>. La razón se halla en que Kant equipara *constitución y Estado*; por consiguiente, la resistencia frente al soberano disolvería la constitución civil o, en general, el Estado. Comparado con una mala constitución, esto aparece como mal mayor; por ello, el único camino racional para mejorarla es su reforma<sup>66</sup>. Pero ésta siempre se sujeta a las prescripciones de la constitución existente. Por eso los más firmes partidarios del poder fundante del pueblo no pueden aceptar esta orientación. De ahí que Bergk distinga entre *rebellion* y *revolución*. La *rebellion* se vuelve contra un gobierno que actúa de manera contraria al derecho y, en tanto que limitada a este punto, deja intacta la *constitución fundamental*. En cambio, la *revolución*, frente a la constitución, se entuende y define como un «cambio total

62. J. G. Fichte, *Beitrag zur Berichtigung der Urtheile des Publikums über die französische Revolution*, 1793; AA, primera sección, t. 1, 1964, p. 210.

63. J. G. Fichte, *Das System der Sittenlehre nach den Principien der Wissenschaftslehre*, 1798; AA, primera sección, t. 5, 1977, pp. 216 ss.

64. J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechtes nach Principien der Wissenschaftslehre*, 1796; AA, primera sección, t. 3, 1966, p. 458 [trad. cast. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid, 1994].

65. I. Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, 2, primera sección, consideración general A, 1797; AA, 6, 1907, 1968 (reimp.), pp. 321 ss. [trad. cast. *Metafísica de las costumbres*, Madrid, 1994].

66. J. A. Eberhard, *Ueber Staatsverfassungen...*, cit., I, pp. 63 ss.; II, pp. 2 ss.

de los principios constitucionales». Esto se sigue del poder constituyente del pueblo; no obstante, justifica el «deber» de promulgar una «nueva constitución»<sup>67</sup>. Con el avance de la Revolución francesa aumentan las adverencias ante este camino. Schüzzer, quien se excusa detalladamente por su cambio de opinión, afirma que «arrancar de raíz una constitución antigua e intolerable no puede en modo alguno constituir el fundamento del éxito de una nueva»<sup>68</sup>.

#### 10. *Repercusiones en la teoría del contrato*

Las aportaciones materiales al concepto de constitución, tal como se observan en la doctrina del derecho natural de la época, complican a esta última en contradicciones que anuncian ya su superación. Quanto más se predetermina en términos inaturalistas el contenido de la constitución, menos se mantiene su fundamento contractual. El sentido originario de éste era presentar como posibles y elegibles los distintos contenidos constitucionales; cuando el interés en la legitimación de la libertad de elegir disminuye y en su lugar se impone un determinado modelo constitucional normativo, la teoría del contrato pierde su utilidad. El hecho de que el contrato deba conducir a un resultado determinado y, en el caso de que éste se alcance alguna vez, no pueda ya modificarse hace superflua su efectiva celebración; así pues, la constitución ya no es resultado de un acuerdo sino de la necesidad. La idea se encuentra explicitada por primera vez en Schelling; que denomina a la constitución jurídica «condición de la libertad», concluyendo a partir de ahí que el origen de la constitución jurídica general no puede permanecer abandonado a la casualidad<sup>69</sup>. Aún más claramente se pronuncia Fries poco después: las relaciones jurídicas se determinan en toda sociedad por medio del contrato de unión y sujeción, «en consideración al cual depende de cada voluntad individual si quiere o no formar parte de ella. Tan pronto como el fin de la sociedad se sujeta al arbitrio, ésta surge únicamente tras recibir su contrato fundamental la aprobación de todos. Pero esta relación no tiene lugar en el Estado, cuyo fin es constituir una ley pública a modo de juicio decisivo sobre lo justo y lo injusto, dotada

de poder suficiente para forzar a todos los individuos a su cumplimiento. Esta finalidad vale necesariamente para todos en la sociedad y, por consiguiente, todos deben participar en la unión estatal. De este modo, la finalidad del Estado no se determina aquí a través de la libre elección de sus miembros, sino de forma necesaria mediante la ley; nadie llega a formar parte de la sociedad por libre elección, sino de forma necesaria por medio de la ley, cuando desea vivir entre los miembros del Estado. En consecuencia, tampoco aquí hay contrato de unión alguno, sino, en su lugar, un mandato de la ley que prescribe el fin de la sociedad y fuerza al ingreso en la misma»<sup>70</sup>. Esto plantea un problema para el futuro cuya pregunta es, simplemente, cuál es el significado preciso de la fórmula «de forma necesaria mediante la ley». Weiss había reparado anteriormente en esto, de modo incidental, en su *Rechtsphilosophie*, precisamente después de haber interpretado la teoría del contrato en términos escolares: «El contrato constitucional no puede suponerse cerrado originariamente por todos de conformidad con la constitución (*Constitution*) efectivamente existente en un Estado. En tales casos, el orden constitucional descansa sólo en el arbitrio del que manda»<sup>71</sup>.

### III. LA ÉPOCA DE LAS LUCHAS CONSTITUCIONALES

#### 1. *Las posiciones fundamentales*

En la primera mitad del siglo XIX, la cuestión constitucional se convierte en el problema básico de la política interna alemana. Rotteck puede decir que «la época actual es, propiamente, la era de las constituciones»<sup>72</sup>. Las guerras de liberación, que proporcionaron al pueblo la conciencia de su importancia, habían hecho crecer las expectativas. «Casi todas las clases de habitantes creen», como escribe Hatzfeld en 1815, «haber conseguido una constitución (*Konstitution*) con su esfuerzo y su sacrificio»<sup>73</sup>. También la mayoría de los adversarios del

70. J. Fries, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebungen*, Jena, 1803, pp. 77 ss.

71. Chr. Weiss, *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, cit., p. 216, § 367.

72. C. v. Rotteck, *Lehrbuch des Verfassungsrechts und der Staatswissenschaften*, 2. Stuttgart, 1830, p. 172.

73. Franz Ludwig, príncipe de Hatzfeld, *Verfassungsentwurf*, 20 de marzo de 1815, cit. por R. Koselleck, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848* (1967), Stuttgart, 1975, pp. 212 ss.

67. J. A. Bergk, *Untersuchungen...*, cit., pp. 119 ss.

68. A. L. Schüzzer, «Französische Revolution», *Saars-Anzeiger*, t. 14, Göttingen, 1790, p. 498.

69. F. W. J. Schelling, *System des transcendentalen Idealismus*, 1800, en *Werke II*, 1927, 1965 (reimp.), p. 582 [trad. cast. *Sistema del Idealismo transcendental*, Rubi, 2005].

constitucionalismo defienden su posición en nombre de la constitución. Por ello las expresiones *Verfassung* y *Konstitution* no son indicadores fiables de las opiniones: ambos términos se emplean por los partidarios de los documentos constitucionales formales de contenido liberal. Por otro lado, los defensores del *statu quo* se sirven frecuentemente de la expresión *Konstitution* para vencer a sus antagonistas con sus propias armas. Para la implantación de la constitución (*Konstitution*) se sigue entonces la vía constitucional, que antes de la promulgación de la constitución moderna no podía ser sino la del viejo orden estamental; de esta manera, el concepto moderno sirve para cerrar el paso al contenido que transporta. El *Brockhaus* de 1830 repara en esto en la voz «Constitution»: «1.º Como tendencia de la época, probablemente no exista palabra alguna que se haya transformado tan íntimamente con todos los movimientos de los nuevos tiempos y que resuma por sí misma el carácter de éstos de forma tan completa como la palabra constitución (*Constitution*). No obstante, tampoco existe otra sobre cuyo sentido haya tan poco acuerdo, pues por una parte se entiende como algo ya existente y, por otra, como algo por crear; unos sólo encuentran la constitución allí donde una serie de artículos establece disposiciones producto del arbitrio sobre las diferentes ramas del poder público, determina los límites y la configuración de dicho poder y lo somete a las formas habituales de la representación nacional, mientras otros defienden que la verdadera constitución nacional, mientras otros defienden que la verdadera constitución (*Constitution*) se encuentra por encima de todo arbitrio humano, que ya existe por sí misma donde un pueblo se gobierna de hecho de la forma que sea; porque éste es el fruto de la historia y del desarrollo de un pueblo, que no puede modificarse sin destruir totalmente el orden público. Esta diversidad de conceptos expresa el desacuerdo que, ciertamente, ha dominado siempre entre las naciones, si bien ahora se muestra con mayor claridad, puesto que los partidarios de ambas opiniones han llegado a ser equivalentes tanto en número como, sobre todo, en poder espiritual y porque, al mismo tiempo, durante los últimos treinta años la situación de los pueblos por una parte ha cambiado de hecho de manera abrumadora, mientras que por otra, se han hecho éstos más sensibles frente a toda presión. Experimentan por ello un impulso indeterminado a salir de la situación actual y la idea de la que esperan el remedio de sus penalidades se la representan ahora bajo el nombre de constitución (*Constitution*)»<sup>74</sup>.

74. *Brockhaus*, t. 2 (1830), p. 829, art. «Constitutionen».

2. *La constitución como principio del progreso*

En vista del insignificante potencial revolucionario en Alemania, la realización de la idea constitucional quedó en manos de la iniciativa de las instancias superiores. La más temprana y a la vez la más seria disposición al respecto surge en Prusia tras la derrota de 1806. Altenstein, en la sección «Grundverfassung des Innern oder inneres staatsrechtliches Verhältniss» (Constitución fundamental del interior o de la situación jurídico-pública interna) de su *Rigaer Denkschrift*<sup>75</sup>, atribuye fundamentalmente la derrota a la deficiente constitución prusiana: «El Estado carecía de la energética unión de todas las fuerzas de los individuos para un fin común... Nada había en la constitución capaz de motivar la participación general de la nación en el fomento de un fin que aún no les había sido expuesto con claridad»<sup>76</sup>. En estas circunstancias, «tan pronto como el Estado se enfrentó con otro Estado que gracias a su constitución había logrado exactamente el resultado opuesto, es decir una gran manifestación de vigor, la consecuencia había de ser necesariamente su derrota, lo que continuará ocurriendo si la constitución no se... modifica»<sup>77</sup>. Ciertamente, toda modificación constitucional es un «resultado de la acción humana»<sup>78</sup>. No obstante, detrás de las acciones rige un «plan universal» que desina a la Humanidad a un progreso cada vez mayor. Plan universal en el cual cada constitución es «un escalón a través del cual ha de superar el cual cada constitución es «un escalón a través del cual ha de superar el género humano, sólo un peldaño que en breve ha de superar y en el cual no puede permanecer eternamente». Cuando sobreviene esta necesidad, «la constitución cambia por sí misma si no se ponen trabas que lo hagan imposible»<sup>79</sup>. De este modo, Altenstein deja atrás la disputa sobre la factibilidad o no de las constituciones: la constitución exige una intervención de gobierno, pero ésta debe darse en consonancia con el espíritu del tiempo y con el fin de perfeccionar aquélla, no de revolucionarla. Además, la revolución sólo es inevitable cuando la constitución permanece en un escalón ya superado, contrario al «espíritu de la época». «El supremo ideal de constitución es que en toda disposición de la misma se halle, no sólo una posibilidad

75. K. Fth. vom und zum Sein, *Rigaer Denkschrift. Über die Leitung des Preussischen Staats*, 11 de septiembre de 1807, reproducido por G. Winter (ed.), *Die Reorganisation des Preussischen Staates unter Sein und Hardenberg* I, Leipzig, 1931, pp. 389 ss.

76. *Ibid.*, p. 393.  
77. *Ibid.*, p. 395.  
78. *Ibid.*, p. 389.  
79. *Ibid.*

dad, sino incluso un motivo para progresar»<sup>80</sup>. La constitución no es aquí la efectiva situación global de un Estado, en el sentido del concepto antiguo de constitución, pero tampoco la suma de normas estatales característica de la doctrina jurídico-constitucional. De hecho, Altenstein advierte expresamente contra la entrega de la constitución al «jurista», porque éste «acepará la norma actual como inmutable o, si se atreve a legislar, sin cambiar su entera naturaleza, adoptará medidas de forma arbitrarias»<sup>81</sup>. A la vez que se sitúa más cerca del concepto de *constitution* como un estado jurídicamente definido, lo rebasa en dos aspectos esenciales: por una parte, lejos de fijar la constitución a una situación determinada, ésta se abre al futuro; por otra, no se limita a la forma de gobierno sino que reúne al Estado y a la sociedad bajo un principio interpretativo de perfeccionamiento individual y comunitario.

### 3. La constitución de la Administración

No obstante, en el curso de las reformas este sentido parece separarse de la expresión *constitution*. En las denominadas memorias y proyectos constitucionales, casi nunca se encuentra el término *constitution*: en su lugar se habla de representación nacional, adecuada a los estamentos, o de cosas similares. Tampoco la promesa regia de constitución de 1810 se refiere expresamente a una constitución; la expresión aparece más bien en un contexto radicalmente distinto. El 16 de diciembre de 1808 ve la luz el *Publikandum betreffend die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden* (Anuncio público relativo a la constitución modificada de las autoridades supremas del Estado). Sobre este punto dice, entre otras cosas, «que la nueva constitución tiene por objeto conferir la mayor unidad, fuerza y actividad posibles a la Administración». También contiene disposiciones detalladas sobre la «organización y constitución» del «Consejo de Estado», así como una reorganización de las autoridades provincial, financiera y policial. De este modo, y mediante la «constitución modificada de las autoridades administrativas supremas», aspira a hacer efectivos «los principios de una Administración estatal perfeccionada» para restablecer de forma duradera «la felicidad del Estado»<sup>82</sup>. De ahí la convicción que Stein hace pública en 1806: «Dado

que el Estado prusiano carece de constitución estatal, es de la mayor importancia que su constitución del gobierno se establezca según principios justos»<sup>83</sup>. Esta referencia, característica de la era reformista, pone de manifiesto que la cuestión constitucional fundamental en Prusia después de 1806 era la relativa a la Administración<sup>84</sup>. Las reformas, que apuntaban a una amplia renovación, no constituyeron en Prusia, como en Francia, la obra de una sociedad burguesa que organizase al Estado para ese fin; más bien fueron obra de la propia Administración estatal, que primeramente hubo de formar a la sociedad burguesa, para lo cual necesitaba una organización apropiada. La constitución del gobierno era el presupuesto de la constitución estatal; la organización administrativa, la principal cuestión político-constitucional<sup>85</sup>. La *constitution constitutionnelle* (*constitucional Verfassung*), como decía Vincke en expresiva duplicación, quedó aplazada; al final de las reformas hubo de ser la corona, a modo de cierre, la que se situase como protección para el futuro de esta Administración extrosa<sup>86</sup>. Referida al Estado en su conjunto, la voz *constitution* sólo reaparece, reforzada, tras las guerras de liberación y al término de la reforma de la Administración. Koppe lo expresa con franqueza: «La vocación de Prusia respecto a la constitución que se ha dado a sí misma, tanto en la forma en que se la otorga como en la que se justifica, es mostrarla como modelo a todos los naturales de la patria alemana»<sup>87</sup>. Los términos constitución, documento constitucional y constitución (*Konstitution*), en esta época de recepción de las exigencias políticas, aluden a la garantía documental de determinadas posiciones jurídicas: la ley, que asegura el *status* jurídico del pueblo frente al poder del Estado. Humboldt escribe en su memoria constitucional de 1819: «La protección que el pueblo obtiene mediante

80. *Ibid.*, pp. 389 ss.

81. *Ibid.*, p. 390.

82. «Verordnung über die veränderte Verfassung aller obersten Staatsbehörden in der Preussischen Monarchie» («Ordenanza sobre la constitución modificada de todas las autoridades supremas del Estado en la Monarquía prusiana»), 27 de octubre

de 1810, GSJg. f. d. Königl.-Preuss. Staaten (1810), 3; «*Publikandum*, betreffend die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden der preussischen Monarchie, in Beziehung auf die innere Landes- und Finanzverwaltung» («Anuncio público relativo a la constitución modificada de la autoridad suprema del Estado de la Monarquía prusiana en relación con la administración interna y financiera»), 16 de diciembre de 1808, reproducido por K. Fih. vom und zum Stein, *Br. U. Schr.*, t. 22, 1960, pp. 1001 y 1007.

83. K. Fih. vom und zum Stein, *Denkschrift...*, cit., p. 208.

84. R. Koselleck, *Preussen...*, cit., 2ª ed., pp. 217 ss.

85. *Ibid.*, pp. 215 ss.

86. L. Fih. v. Vincke, *Zwecke und Mittel der preussischen Staatsverwaltung, welche dieselbe verfolgen, deren dieselbe sich bedienen dürfte*, 1808, reproducido por E. v. Bodalschwingh, *Leben des Ober-Präsidenten Freiherrn von Vincke*, t. 1, Berlin, 1853, p. 379.

87. J. G. Koppe, *Die Stimme eines Preussischen Staatsbürgers in den wichtigsten Angelegenheiten dieser Zeit*, Köln, 1815, p. 67.

una constitución es doble: la que se desprende de manera mediana de la existencia y la eficacia de la representación estramental y aquella que como parte de la constitución, se formula de manera inmediata con ellas»<sup>88</sup>. Humboldt se refiere a los derechos fundamentales.

#### 4. La constitución como medio de protección de la libertad

En el Premarzo, el aspecto protector de la libertad propio de la constitución se impone frente al participativo y sólo en la extrema izquierda se advierte la equiparación de la constitución con el gobierno del pueblo. En comparación con la época anterior a las guerras de liberación, en el Premarzo se habla más exaltadamente de la constitución. No por casualidad se utilizan, además, conceptos religiosos. El *Baierische Verfassungs-Freund* se presenta en 1819 ante sus lectores con una «profesión de fe»<sup>89</sup> según la cual «el progreso perpetuo de la Humanidad hacia el ideal de la perfección culmina» en la «constitución representativa». El *Konstitutionelle Zeitschrift* imprime, en 1823, un *Verfassungs-Catechismus* (Catecismo constitucional) alemán, en el cual los principios del constitucionalismo se reiteran en las preguntas y en las respuestas<sup>90</sup>. Para Feuerbach, la libertad sólo tiene una oportunidad allí donde «es protegida mediante una constitución»<sup>91</sup>. Según Welcker, la constitución (*Konstitution*) «no es un punto secundario cualquiera, sino lo esencial de la libertad política o de su realización, e incluso esta misma»<sup>92</sup>. Hasta el sobrino Dahmann reservaba palabras solemnes para la constitución: todo cuanto había dicho en su honor no debía entenderse en el sentido de «que sólo una buena constitución haga necesariamente feliz a su Estado o que prevenga de forma infalible grandes crímenes y errores políticos, pero sí en el de que proporciona a un pueblo la probabilidad de ser afortunado y lo eleva en todos los aspectos hasta un nivel superior de valor, como no es capaz de conseguir jamás la ausencia de constitución. La cons-

88. W. v. Humboldt, *Denkschrift über Preussens ständische Verfassung*, 4 de febrero de 1819, § 7, AA, 12, 1904; 1968 (reimp.), p. 228.

89. *Der baierische Verfassungs-Freund*, I, München, 1819, pp. 3 ss.

90. «Entwurf eines Verfassungs-Katechismus für Volk und Jugend in den deutschen konstitutionellen Staaten», *Konstitutionelle Zeitschrift*, ed. de J. Chr. Frh. v. Aretin, 1823, 2, pp. 321 ss.

91. A. v. Feuerbach, «Über teutsche Freiheit und Verrückung teuscher Völker durch Landstände», 1814, en *Kleine Schriften vernünftigen Inhalts*, Nürnberg, 1833; Osnabrück, 1966 (reimp.), p. 79.

92. C. Th. Welcker, artículos «Grundgesetz», «Grundvertra», en C. v. Rotteck y C. Welcker (eds.), *Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, t. 6, Altona, 1847, p. 166.

titución es como aquella pica fabulosa que cura las heridas que ella misma ha infligido»<sup>93</sup>; metáfora aplicable a aquellos monarcas para quienes la limitación constitucional de su poder podía llegar a ser aceptable en la medida en que suponía un cierto afianzamiento del trono<sup>94</sup>. Un libelo como el *Bauern-Conversationslexikon* advierte a sus lectores, no sin cierta socarronería, sobre este punto de vista: «Se denomina constitución», comienza inocentemente, «a la comprobación de cómo deben ser atendidos los asuntos públicos». Luego Rusia tiene una constitución en no menor medida que los Estados Unidos de América. Es evidente que esta definición resulta insuficiente: «Cuando en la moderna Europa los pueblos han exigido una constitución, se han referido a una limitación del poder del príncipe». Esta constitución suele considerarse la mejor: «Sin embargo, la razón y la experiencia muestran que es pésima. Las constituciones en Europa son, por así decirlo, un nuevo remiendo cosido a un traje viejo»<sup>95</sup>. Por eso aboga por una constitución republicana porque realiza los sueños más audaces de los hombres más nobles de todos los tiempos, «porque se impone por la razón, es amblada por los auténticos patriotas y esperada por todos los ciudadanos ilustrados, porque es el futuro que el presente porta en las entrañas»<sup>96</sup>.

#### 5. La necesidad de un documento constitucional

En la misma dirección que las exigencias político-constitucionales, también las cualidades formales de la constitución ganan relevancia a simple vista. Aún no es habitual elevar el carácter escrito a rasgo distintivo de las constituciones; sin embargo, las ventajas del documento constitucional son resaltadas por doquiera: «De este modo, una constitución fundada en la mera tradición carece de firmeza alguna en la forma de su ser. Por el contrario, el documento, a través de las letras permanentemente claras del acta, previene de toda posible falta de memoria, de cualquier excepción e infracción»<sup>97</sup>. Mas también

93. Fr. Chr. Dahmann, *Ein Wort über Verfassung*, cit., p. 107.

94. J. Chr. Frh. v. Aretin, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, I, Altona, 1824, pp. VI ss.

95. *Bauern-Conversationslexikon*, voz «Constitution», *Flugschrift der Frankfurter «Union»* (Männerbund), febrero/marzo 1834, reproducido por H. Brandt (ed.), *Restauration...*, cit., pp. 436 ss.

96. J. Ph. Stöbenpfeifer, *Zwei gerichtliche Vertheidigungsreden*, 1834, *ibid.*, p. 426.

97. K. A. zum Bach, *Ideen über Recht, Staat, Staatsgewalt, Staatsverfassung und Volkswertung...*, I, Köln, 1817, pp. 60 ss.

a los monarcas les conviene la garantía escrita, pues «la fortaleza y seguridad que se hallan en lo constitucional (*im Constitutionellen*) vivifican... la fidelidad al soberano y el espíritu cívico»<sup>98</sup>. Algunos autores, no obstante, se refieren también a los soberanos ineptos: «Además, si el azar del nacimiento lleva alguna vez al trono a un príncipe débil, esto no alcanza a los fundamentos del Estado... Tampoco su fortuna depende de un favorito o de una intriga palaciega. La constitución se mantiene por sí misma y proporciona... al Estado y al príncipe un apoyo seguro»<sup>99</sup>. De todos modos, aún no resulta habitual observar una diferencia de principio «entre constituciones escritas y no escritas»<sup>100</sup>. Incluso un defensor de las primeras como Krug protesta expresamente contra la identificación, preguntándose: «¿Qué os autoriza a poner tan alegremente el género en el lugar de la especie?»<sup>101</sup>. En contra, para Schmittener el otorgamiento por escrito expresa un grado superior de desarrollo constitucional: originariamente, basta un «sistema de derecho consuetudinario en el cual el pueblo percibe al Estado como sometido a normas jurídicas externas y firmes, para transformar la constitución... de manera paulatina desde la forma de las costumbres jurídicas a las del contrato formal y la ley escrita»<sup>102</sup>. Varios autores trazan, a partir de la forma escrita, los límites entre constitución en sentido amplio y restringido, o entre *Verfassung* y *Konstitution*. Según Zoepfl, la constitución puede descensar, bien en la tradición, bien en una determinación positiva o documental. Para la última, se utiliza «la expresión *Konstitution* o *Charte*»<sup>103</sup>. Pöhlitz eleva la forma documental a principio de selección en su exposición comparada del derecho constitucional y escrito: «Por constituciones, en el nuevo sentido del término, entendemos los documentos escritos que contienen la totalidad de las condiciones jurídicas sobre las que descansa la vida interna de un determinado... Estado, en función de las conexiones necesarias de las partes concretas de esa vida»<sup>104</sup>. En algunos autores, el carácter escrito se refiere hasta convertirse ya en nota distintiva de las constitu-

98. *Ibid.*, p. 63.

99. J. Fr. Benzenberg, *Ueber Verfassung*, Dortmund, 1816, p. 211.

100. De manera especialmente categórica, W. Tr. Krug, *Diktopolitik oder neue Restauration der Staatswissenschaft mittels des Reichsgesetzes*, Leipzig, 1824, p. 255.

101. *Ibid.*, p. 252.

102. Fr. Schmittener, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*, Gießen, 1845; Hamburg, 1966 (reimp.), pp. 415 ss.

103. H. Zoepfl, *Grundrisse des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechtes*, Heidelberg, 1841, p. 123.

104. K. H. L. Pöhlitz, *Das constitutionelle Leben, nach seinen Formen und Bedingungen*, Leipzig, 1831, p. 1.

ciones. Eken Dahl, en su *Staatslehre*, trata expresamente «De la necesidad de un documento constitucional escrito para la libertad de un pueblo que ha alcanzado la mayoría de edad»<sup>105</sup> y Buhl se dirige contra el menosprecio de la forma con el argumento de que en materia constitucional «la forma es verdaderamente la materia misma»<sup>106</sup>.

#### 6. *La constitución como producto del desarrollo histórico*

Sin embargo, es precisamente ahora cuando se constituye un fuerte movimiento contra la constitución artificial y documental, ya advertido en Schelling y Fries. No obstante, aún tenía gran importancia la opinión de que el ingreso en la forma estatal y, por tanto, el hecho de tener o no constitución, no podía ser discrecional, de modo que el contenido concreto de ésta quedaba también sustraido a la determinación conforme a un plan. Es Hegel quien mejor prepara el camino para este modo de entender la constitución, en estrecha relación con su idea del Estado: quien contempla a éste como un agregado de individuos orientado a la protección de la libertad y la propiedad no alcanza sino al «Estado exterior, al Estado de la necesidad y del entendimiento»<sup>107</sup>, que Hegel denomina *societad civil*. El Estado propiamente dicho es, por el contrario, la comunidad ética sin la cual ni los individuos ni la comunidad son capaces de hallar su destino superior. Este Estado es «lo racional en sí y para sí»<sup>108</sup> y su constitución «no puede ser meramente artificial: es el trabajo de siglos, la idea y la conciencia de lo racional en el modo en que se ha desarrollado en un pueblo. Por ello, ninguna constitución puede ser creada sólo por sujetos... El pueblo ha de tener hacia su constitución el sentimiento de que es su derecho y su forma de ser; de lo contrario podrá, desde luego, existir externamente, pero sin significado ni valor alguno»<sup>109</sup>. Si, por el contrario, la constitución descansa en una forma de la voluntad individual, si quiera generalizada, entonces depende de lo accidental y de aquí derivan las consecuencias meramente intelectivas, que destruyen lo divino en y para sí y su autoridad y majestad absolu-

105. D. G. Eken Dahl, *Allgemeine Staatslehre*, I, Neustadt a.d. Orla, 1833, pp. 100 ss.

106. L. Buhl, *Die Verfassungsfrage in Preussen nach ihrem geschichtlichen Verlaufe*, Dr. Staatsarch., ed. de J. C. I. Buddens, t. 3, Jena, 1842, p. 222.

107. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, en *SW* t. 7, 1928, p. 263, § 183 [trad. cast. *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1993].

108. *Ibid.*, p. 329, § 258; compárese con *ibid.*, p. 344, § 265.

109. *Ibid.*, pp. 376 ss., § 274, agregado.

tas»<sup>110</sup>. Mientras que para los partidarios de la doctrina del derecho racional arbitrario y azar se vinculan a la institución orgánicamente desarrollada, aquí, por el contrario, se convierten en característica de las constituciones artificiales: «¿Qué exigen... los aborrotadores que hablan a los pueblos de constituciones (*Konstitutionen*) nuevas? Solo la minucia de que todos los estados deben disolverse para constituirse de nuevo»<sup>111</sup>. Cuando la constitución es expresión de un ser histórico-concreto, pierde su función regulativa para transformarse, de inmediato, en la legitimación de lo existente. Por ello no es casualidad que Genz, en su influyente escrito sobre la constitución, se adhiera al concepto histórico-situacional de la misma y presente las «instituciones estamentales» como ordenamientos procedentes «de los elementos básicos del Estado existentes por sí mismos y no creados por la mano del hombre», «conseguidas sin vulneración violenta de derechos precedentes, del mismo modo que las que se han formado a consecuencia de un perfeccionamiento progresivo», mientras las «constituciones representativas» aparecen como «fruto del poder exterior o de la arbitrariedad, sólo necesarias a consecuencia de las guerras civiles y de las usurpaciones»<sup>112</sup>. La «constitución» (*Konstitution*) puede entonces definirse verdaderamente como el ensamblaje de los «componentes políticos del Estado de acuerdo con un principio arbitrario»<sup>113</sup>.

### 7. *Constitución otorgada y constitución pactada*

Resulta evidente que el concepto histórico-evolutivo de constitución no se compadece con la teoría del contrato constitucional, cuya orientación racional-constructiva frente a aquélla es permanentemente objeto de crítica en la primera mitad del siglo XIX. Sin embargo, también los partidarios del contrato constitucional se encuentran con dificultades de fundamentación, debido a que la teoría constitucional y la realidad política se separan. En mayo de 1818 se promulga la constitución bávara, la primera constitución moderna de un Estado alemán importante; no había sido pactada, sino otorgada, lo que Arelin, Behr

110. *Ibid.*, pp. 330 ss., § 258.  
 111. J. Chr. Frh. v. Arelin, *Abhandlungen über wichtige Gegenstände der Staatsverfassung und Staatsverwaltung mit besonderer Rücksicht auf Bayern*, München, 1816, p. 54.  
 112. Fr. v. Genz, *Über den Unterschied zwischen den landständischen und Repräsentativ-Verfassungen*, 1819, reproducido por H. Brandt (ed.), *Restoration...*, cit., p. 219.  
 113. *Ibid.*, p. 221.

y Schmelzing consideraron un defecto<sup>114</sup>. Sin embargo, Behr llega en seguida a una actitud pragmática al preguntar: «¿Quién se averdía a sacrificar la esencia de la cosa a causa de un defecto en la forma de su génesis?... ¿Qué bávaro querría en este instante estar en el lugar de un oriundo de Prusia o de Baden, quienes aún aguardan la largamente prometeda constitucionalización (*Constituierung*) de su Estado con mirada tímida e insegura?... ¿O tenemos algún motivo para envidiar a los de Württemberg, que han ensayado la vía de la determinación contractual de la ley fundamental del Estado?»<sup>115</sup>. En 1824, Arelin logra la reconciliación de teoría y praxis: incluso la constitución otorgada es, en el fondo, acordada, pues sólo mediante la aceptación por el pueblo se convierte en verdadera constitución<sup>116</sup>. Esta construcción es adoptada más tarde por Welcker, el más resuelto partidario de la teoría contractual tardía: «El Estado», como «sociedad» de hombres libres, nace «mediante leyes contractuales. Sus leyes son, como todas las de la sociedad, contratos, ya inmediatos, denominados «órganos» y denominados «leyes en sentido estricto»<sup>117</sup>. Welcker, en tales circunstancias, llega a la siguiente conclusión: «Una constitución meramente otorgada no es tal en absoluto»<sup>118</sup>. Naturalmente, a la vista de la realidad alemana hay que plantearse la pregunta de si con una constitución no acordada contractualmente, sino promulgada de forma unilateral, una «situación jurídica de tipo constitucional no resultará inexistente o imposible»<sup>119</sup>. Sin embargo, se apresura a asegurar que tales constituciones no son menos válidas y valiosas que las pactadas, pero debido precisamente a eso, a que son igualmente pactadas: «El enigma se resuelve aceptando que sólo los documentos constitucionales pueden ser otorgados». Por ello éstos son, para Welcker, ante todo y únicamente «una propuesta de constitución que sólo se

114. J. Chr. Frh. v. Arelin, *Gespriiche über die Verfassungs-Urkunde des Königreichs Bayern*, München, 1818, I, pp. 9 ss.; W. J. Behr, *Staatswissenschaftliche Betrachtungen über Entstehung und Hauptmomente der neueren Verfassung des bayerischen Staats*, Würzburg, 1818, p. 10; J. Schmelzing, *Einige Betrachtungen über den Begriff und die Wirksamkeit der Landstände, nach den Principien des allgemeinen und natürlichen Staatsrechts*, Rudolstadt, 1818, pp. II ss.  
 115. W. J. Behr, *Staatswissenschaftliche Betrachtungen*, p. 10.  
 116. J. Chr. Frh. v. Arelin, *Staatsrecht...*, cit., II.  
 117. C. Th. Welcker, *Grundsatz und Grundvertrag. Grundlagen zur Beurtheilung der Preussischen Verfassungsfrage*, Altona, 1847, p. 6.  
 118. *Ibid.*, art. «Otrojyre und einseitig von der Volksrepräsentationsenwortone und vertragsmässig unterhandelte Verfassungen», en C. v. Rotteck y C. Welcker (eds.), *Staats-Lexikon...*, cit., II, 1841, p. 751.  
 119. *Ibid.*, p. 752.

convierte en tal aceptándola y garantizándola de manera mutua, contractual, libre y leal». Naturalmente, para esto le basta con que el pueblo, como en su día ocurrió en Baden, acoga «el documento constitucional que se le ofrece... con alegría y agradecimiento»<sup>120</sup>. Con ello se suprime la oposición entre constitución pactada y otorgada y la teoría queda a salvo, aunque sea al precio de que el contrato constitucional pueda cerrarse nuevamente de manera tácita.

#### 8. *El cambio liberal desde la fundamentación contractual de la constitución a la legal*

La disposición de los autores liberales a pasar por alto la génesis vi-ciada de las nuevas constituciones cuando su contenido les parece aceptable (disposición tan fácil de entender como difícil de justificar) arroja luz, una vez más, sobre la función del contrato constitucional. Es evidente que éste no se agota en la exigencia de que la constitución tenga un origen determinado: antes bien, la construcción contractual ofrecía la posibilidad de orogar relevancia a los intereses de los súbditos del Estado absoluto y, partiendo de esa base, criticar la situación constitucional del *Ancien Régime*. Por tanto, realmente apuntaba al contenido y no a la génesis. Pero en estas circunstancias, como Kant reconoce claramente, no se precisa la celebración efectiva del contrato. La idea contractual se limita, más bien, a hacer las veces de «piedra de toque de la legitimidad de toda ley públicas»<sup>121</sup>. Por eso dicha idea tuvo importancia político-jurídica para la constitución que había que esforzarse en conseguir; una vez lograda, otros problemas pasaron a primer plano, en particular la implantación y el afianzamiento de aquélla. Al contrario que Welcker, Rotteck fija su atención en esta cuestión: para él se trata, en particular, de defender la constitución otorgada frente a su modificación unilateral o su derogación por parte de los príncipes. Precisamente esto fue lo que permitió el concepto de constitución (*Constitution*) de Haller, consistente en «leyes» que el príncipe se da «a sí mismo, máximas que pretendían aclarar cuáles ha de cumplir solamente él y que, por principio, no concierne en absoluto a los súbditos»<sup>122</sup>. Rotteck se opone a la diferencia entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*. Ambos

coinciden únicamente en la monarquía absoluta y en la democracia a secas: tan pronto como el autócrata promulga una constitución, deja de serlo. En efecto, las leyes constitucionales se caracterizan justamente, para este autor, por obligar al poder constituido: «Se despliegan en la idea de una voluntad pensada, según su concepto, como previa, superior a este poder y a su organización; es decir, la autoridad constituyente, que no es sino la sociedad misma». Pero si el monarca absoluto promulga una ley fundamental, «entonces actúa como poder constituyente, cuya posición representa, y no puede ya, como cabeza constituida, revocar lo que él mismo dispuso como órgano constituyente»<sup>123</sup>. Partiendo de esta reflexión, Rotteck llega a la conclusión, hasta ahora sólo defendida por la parte contraria, de que la categoría del contrato, tomada al pie de la letra, sólo se adecúa a la disposición sobre derechos privados, pero no es aplicable a la constitución<sup>124</sup>. La forma propia de la constitución es para Mohl (que, de todos modos, comenta una constitución pactada, la württemberguesa) la *ley*, y el *contrato* no es sino el fundamento de su aparición histórica<sup>125</sup>.

#### 9. *Aproximaciones conservadoras al Estado constitucional*

Por el lado conservador, Stahl prepara un acercamiento a estos puntos de vista. Como Hegel, rechaza el Estado liberal definido como mero defensor de la libertad y la propiedad. El Estado es para él una institución moral, la mediación del orden de Dios en el mundo; desde luego no con un poder ilimitado, sino enteramente acorde con la libertad de los individuos, asimismo querida por Dios: «La constitución no es una mera relación recíproca entre los hombres (los que mandan y los que obedecen), sino la relación con una institución superior a ellos, la cohesión de esa institución en sí misma»<sup>126</sup>. Compromete al señor del mismo modo que a los súbditos. Para hacer efectivo este compromiso, Stahl considera razonable su formulación en forma de leyes, las cuales «se separan de forma natural de las otras leyes, puesto que contienen los fundamentos de todo el Estado, la condición de todo gobierno, los derechos más sagrados de la Na-

120. *Ibid.*, pp. 752 ss.

121. I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, II, «Conclusión», 1793, AA, t. 8, p. 297 [trad. cast. en *Teoría y Práctica*, Madrid, 1986].

122. C. L. v. Haller, *Restauration der Staats-Wissenschaft* II, Winterthur, 1817, pp. 182 ss.

123. C. v. Rotteck, arts. «Charte, Verfassungs-Urkunde, Freiheits-Brief», en C. v. Rotteck y C. Welcker (eds.), *Staats-Lexikon...*, cit., t. 3, 1836, p. 405.

124. *Ibid.*, p. 407.

125. R. v. Mohl, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg* I, Tübingen, 1840, pp. 71 ss.

126. Fr. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht* II/2, Heidelberg, 1837, p. 35.

ción». Por ello, sus garantías son especiales: «El contenido de tales leyes se denomina... ley fundamental del Estado. Según su contenido, se suele denominar constitución (*Constitution*), ley constitucional o constitución»<sup>127</sup>. Las leyes fundamentales de esta índole no son nuevas; sin embargo, inicialmente eran insignificantes en número y carecían de garantías adicionales. Por eso el derecho constitucional no se había desarrollado en igual medida que el derecho privado. Para remediarlo, aboga Stahl por el carácter escrito de la constitución y por garantías institucionales, que descubre en la representación popular. Donde ésta existe, habla de «constitución (*Constitution*) en el sentido en que se define acualmente este término»<sup>128</sup>. Sin embargo, con esto no se adhiere a la idea de que la constitución sea realizable a voluntad: «Como la constitución se da desde el principio con el Estado mismo y no se hace de forma intencionada y deliberada, es conforme a la naturaleza que en el futuro tampoco se dé de una vez una constitución enteramente nueva, sino que se perfeccione con los recursos públicos y el aprecio de la nación, en parte mediante el cambio paulatino de la tradición y en parte a través de leyes concretas, como lo disponen los acontecimientos de la vida. Éstas son las constituciones históricas»<sup>129</sup>. No obstante, Stahl advierte que pueden darse circunstancias (por ejemplo, una ruptura con la tradición) que hagan necesaria una nueva constitución. Las constituciones (*Konstitutionen*) de esta índole no sólo contienen la constitución, sino que la organizan siquiera parcialmente. Stahl las denomina «constituciones reflejas o constituciones (*Constitutionen*) en su sentido más propio»<sup>130</sup>. Naturalmente, esto no elimina la diferencia fundamental con respecto al liberalismo. Para Stahl el Estado, como institución ética, es siempre lo primario y la constitución lo sobrevenido: por ello el Estado no puede fundarse únicamente en la constitución, sino que ésta tiene siempre como única función la de afianzar y desarrollar el orden estatal existente.

#### 10. *La constitución en sentido formal y en sentido material*

Bajo estas diferencias fundamentales, en el plano técnico se da un amplio consenso, sobre todo entre los inspublicistas. Así, continúa reconociéndose que, objetivamente, la constitución se caracteriza por su referencia a la forma del Estado. Todos los autores entienden por

127. *Ibid.*, p. 101.

128. *Ibid.*, p. 102.

129. *Ibid.*, p. 105.

130. *Ibid.*, p. 106.

*forma del Estado* la determinación del titular del poder supremo (*forma de dominación*) y la mayoría también las modalidades de su ejercicio (*forma de gobierno*). Entre las últimas se cuentan, de forma particular, los derechos fundamentales. Una definición típica se encuentra en Zoepfl: «La constitución es el conjunto de los principios jurídicos válidos en un Estado en lo referente a la forma de dominación y a la forma de gobierno, esto es, a la organización del poder estatal y los derechos del pueblo y sus mutuas relaciones»<sup>131</sup>. En lo referente a la primera, persiste la tripartición aristotélica. Las formas de gobierno suelen clasificarse en función del poder limitado o ilimitado del Estado. En Prusia se observa una cierta confusión en la coordinación de estas ideas: «Carecemos... de leyes fundamentales en sentido propio», constata Ostermann, para caracterizar a continuación el sistema prusiano como «sistema... representativo, no constitucional». En oposición a la «monarquía absoluta», aquí existe verdaderamente una representación popular, pero ésta sólo posee, de forma diferente a la de las «monarquías constitucionales», un «voto consultivo»<sup>132</sup>. Cómo ha de actuar el poder supremo dentro de los límites trazados por él, no es algo que concierne a la constitución, sino a la Administración. Ésta, por consiguiente, significa algo aún más amplio que hoy en día: la esfera actividad del Estado en orden a la persecución de sus fines. De aquí se desprende una diferencia entre «derecho constitucional y derecho administrativo... Derecho constitucional es el conjunto de aquellos derechos y obligaciones que corresponden al soberano (el gobierno) frente al pueblo (el gobierno administrativo es la suma de las normas jurídicas según las cuales el gobierno debe ejercer los derechos y las obligaciones que le corresponden frente a los gobernados»<sup>133</sup>. No puede sino resultar chocante que este concepto de *constitución* no siempre coincida con el contenido del documento constitucional. Por una parte, hay derecho administrativo en la ley constitucional; por otra, hay derecho constitucional fuera de esta última. Por esta razón, Rortek añade al constitucional fuera de esta última. Por esta razón, Rortek añade al objeto de este concepto de constitución («la determinación de las personas u órganos y las formas o maneras mediante las cuales y cómo debe ejercerse el poder supremo del Estado») un segundo, que abarca «todo lo determinado por los derechos fundamentales». «Este último concepto es también el usual y el que corresponde a las necesidades prácticas; mientras que el otro, que excluye todo lo material»

131. H. Zoepfl, *Grundsätze...*, cit., p. 123.

132. W. Ostermann, *Grundsätze des preussischen Staatsrechts*, Dortmund, 1841,

pp. 31, 59, 13.

133. *Ibid.*, p. 55.

(esto es, las determinaciones no referidas a la forma de gobierno), «aparece como científicamente más puro»<sup>134</sup>. Esta diferencia entre constitución en sentido material y en sentido formal resuelve algunas de las viejas controversias.

#### IV. CONSOLIDACIÓN Y CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN JURÍDICA

##### 1. *Abandono del derecho natural*

En 1868, Held distingue cuatro significados corrientes del término constitución: 1) «La entera situación de la unidad organizada del Estado, con inclusión de los factores que no forman parte de lo jurídico»; 2) «la suma de las normas e instituciones jurídicas concernientes a la constitución»; 3) «aquella parte del derecho constitucional que contiene las instituciones constitucionales»; 4) «una ley fundamental constitucional escrita, que incluye todas las leyes complementarias añadidas a ella con el mismo carácter». Y añade: «La expresión se utiliza de manera habitual en el último sentido, al menos en el continente»<sup>135</sup>; habitualidad debida al hecho de que con la revolución de 1848 el Estado constitucional se había impuesto definitivamente. Lo que pone fin a algunas de las viejas controversias relativas a la comprensión de la constitución. Lo más llamativo es la desaparición de las fundamentaciones de tipo iusnaturalista: ya en la Paulskirche, los diputados que argumentaban en términos iusnaturalistas se encon-

134. C. v. Rotteck, *Lehrbuch*..., cit., t. 2, pp. 172 ss.

135. J. Held, *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrecht oder Institutionen des öffentlichen Rechts*, Leipzig, 1868, p. 315. La denominación oficial de la constitución oscila. Una serie de ellas (*Landesverfassungen*), tanto antes como después de 1848, se denominan expresamente «constitución». Sin embargo, es mucho más corriente la expresión «documento constitucional»; ocasionalmente se utiliza «ley constitucional». Numerosas constituciones, sobre todo entre las promulgadas después de 1848, llevan la denominación de «leyes fundamentales» o «leyes fundamentales del Estado o del país». A veces se halla la duplicación «ley fundamental sobre constitución». Constitución (*Konstitution*) emerge como denominación oficial sólo una vez y en la era napoleónica en Weimar. Braunschweig denomina su moderna constitución de 12 de octubre de 1832 aún de manera arcaizante el *nuevo ordenamiento provincial (Landesgesetzordnung)*, reproducido por E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte II*, Stuttgart, 1960, p. 60. En «Gesetz betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches», de 16 de abril de 1871, el discurso «Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich», reproducido por el mismo autor en *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte II*, Stuttgart, 1964, p. 289. La misma compliación lleva el título *Verfassung des Deutschen Reichs*, *ibid.*, p. 290. Del mismo modo había denominado su obra la Asamblea nacional reunida en la Paulskirche el 28 de marzo de 1849, *ibid.* I, 1961, p. 304.

traban en minoría. La atmósfera realista persiste en la segunda mitad del siglo XIX. Un liberal como Twerssen hacer notar, en 1859, que por doquier se despierta un entusiasmo por la historia completamente nuevo y un interés fecundo por la realidad. Como consecuencia, «cesan bruscamente las declaraciones huecas, las construcciones arbitrarias de conceptos abstractos que siempre han suscitado la objeción por parte de las doctrinas del Estado de que surten efectos en la teoría, pero no sirven en la práctica». Habían prestado un buen servicio en la superación de la vieja sociedad: «Desde que cumplieron en lo esencial sus fines, estos conceptos han perdido su crédito»<sup>136</sup>. El contrato desaparece sigilosamente de la mayoría de las obras de la segunda mitad del siglo. En ninguna parte constituía ya la única forma originaria capaz de fundar la legitimidad de la constitución: Ahrens, que después de 1848 recoge una detallada «Doctrina de la constitución» en su *Naturrecht*<sup>137</sup>, observa que la forma contractual es la que mejor corresponde «a la posición legítima y respetable del poder estatal» y de «la representación popular»; pero continúa, a renglón seguido: «El contrato, sin embargo, sólo marca la forma en que aparece y existe la constitución, la cual, de acuerdo con su determinación de ser obligatoria con carácter general, adopta la condición de ley»<sup>138</sup>. En contra, Held reprueba la categoría del contrato como formalmente impropia de la constitución: el Estado y el poder estatal estarían ya dados antes de que se establecieran las disposiciones sobre su ejercicio<sup>139</sup>. Sobre esta base, Zörn afirma posteriormente que, desde el punto de vista «jurídico-estatal», «todas las constituciones...» serían «otorgadas... El concepto de una constitución... pactada no se puede construir en términos jurídico-públicos»<sup>140</sup>. Con anterioridad a 1848, se trataba de interpretar las constituciones otorgadas como pactadas, para satisfacer las exigencias de racionalidad jurídica; ahora el esfuerzo se dirige a interpretar las pactadas como otorgadas para salvaguardar la preeminencia del Estado.

136. C. Twerssen, *Woran uns gelegen ist. Ein Wort ohne Umschweife*, Kiel, 1859, pp. 21 ss.

137. H. Ahrens, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates II*, (1839/46, Wien, 1871, pp. 355 ss.

138. *Ibid.*, p. 358.

139. J. Held, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus I*, 1856, p. 304. Held se dirige por ello contra algunos ensayos que sostienen la teoría del contrato sin su base iusnaturalista; véanse J. Eötvös, *Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat*, Leipzig, 1854; R. v. Mohl, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften I*, Erlangen, 1855, p. 109.

140. Ph. Zörn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I*, Berlin, 1895, p. 35.



1852: «El derecho constitucional no surge del derecho de las leyes, sino del de las situaciones materiales»<sup>150</sup>; pero éstas sólo llevaron en Prusia a un constitucionalismo aparente. Antes que von Stein, Saint-Simon, en vista del rápido cambio de las constituciones francesas, había llegado a la conclusión de que la clave se halla menos en las formas de gobierno que en la propiedad, cuya constitución (*constitution*) forma la base material del *édifice social*<sup>151</sup>. Lasalle recoge y populariza esta tesis<sup>152</sup>, comparando deseo y realidad. A este respecto, se refiere a la idea de constitución como «ley fundamental de un país», entendiendo por tal «una fuerza activa que necesariamente hace que todas las demás leyes e instrucciones jurídicas que se promulgan en ese país sean exactamente lo que son»<sup>153</sup>. Pero Lasalle no encuentra esta «fuerza activa» en la ley constitucional, sino en las fuerzas sociales y políticas: «Un reino al que el ejército y los cañones obedecen... ésta es una pieza de la constitución»<sup>154</sup>. Los señores Borsig y Egels, los grandes industriales en general, son una pieza de la constitución»<sup>155</sup>, y así sucesivamente hasta la conclusión: «Hemos visto, pues... lo que es la constitución de un país: las relaciones de poder efectivamente existentes en él»<sup>156</sup>. Ello hace que tras el concepto jurídico de constitución emerja de nuevo el viejo concepto situacional, paulatinamente excluido por la marcha triunfal de los documentos constitucionales, que es especificado en adelante como situación de poder de base económico-social. Lasalle también considera la marcha triunfal de la constitución jurídica como resultado del cambio en las relaciones de poder. La constitución jurídica, sin embargo, sigue dependiendo de lo fáctico y sólo puede tener validez en la medida en que coincide con las relaciones de poder: «Lo que está escrito en la hoja de papel resulta completamente indiferente si con-

150. L. v. Stein, «Zur preussischen Verfassungsfrage», *Dz. Vjschr.*, 1852; 1961 (reimp.) I, p. 36.

151. C. H. de Saint-Simon, *L'industrie ou discussions politiques, morales et philosophiques* II, 1817, en *Oeuvres* II, 1869; 1966 (reimp.), pp. 82 ss.

152. F. Lasalle, «Über Verfassungswesen», 1862, *Ges. Red. u. Schr.*, 2, 1919; 1967 (reimp.), p. 25. De manera totalmente análoga había procedido Engels en su informe de 1844 sobre la situación de Inglaterra; tal y como él mismo avisa, se conduce frente a la constitución inglesa... de manera puramente empírica. Por consiguiente, la constitución inglesa no como en los Comentarios de Blackstone y en las guías de De Lolme o en el extenso número de estatutos constitutivos desde la «Magnia Charta» hasta la *Reformbill*, sino como existe en la realidad. «Die Lage Englands», 1844, *MEW*, I, 1956, p. 572.

153. F. Lasalle, «Über Verfassungswesen», cit., p. 31.

154. *Ibid.*, p. 33.

155. *Ibid.*, p. 36.

156. *Ibid.*, p. 38.

tradice a la situación real de las cosas, a las relaciones efectivas de poder»<sup>157</sup>. La comprensión de la constitución por parte de Lasalle es recibida por la incipiente sociología: Max Weber define «constitución» como «la categoría de lo fáctico, de la posibilidad, la actuación común mediante disposiciones para influir en la distribución de poder determinante en una comunidad»<sup>158</sup>.

#### 4. *Orden fundamental u orden parcial*

El conflicto constitucional prusiano puede servir como precedente para la teoría del poder de Lasalle. Ciertamente, desde el punto de vista jurídico sólo se trataba de la interpretación correcta de unos artículos aislados de la constitución, pero tras ella aparecen dos conceptos diferentes de la constitución jurídica. Para los liberales, la constitución provocó una ruptura absoluta con el Estado de derecho preconstitucional. Antes, explica Lasker, «todas las competencias del rey... emanaban de su autoridad ilimitada. Al superponerse la constitución al poder absoluto, la fuente de la cual brotaban aquellas facultades quedó cegada. La constitución hubo de dotar de nuevo al rey con las competencias que el bien del Estado requería»<sup>159</sup>; dicho brevemente: «Las competencias del rey son una creación positiva de la constitución»<sup>160</sup>. Esta aparece aquí como fundamento legitimador de la actividad estatal, sin que quede espacio alguno para las competencias extraconstitucionales. A la inversa, la doctrina conservadora del derecho estatal busca precisamente negar la ruptura y probar la continuidad jurídico-estatal. Para Kaltenborn, «la constitución de un país alemán no sólo comienza con el «documento constitucional»; con ello no hace sino aproximarse a «un nuevo estado... En particular, la posición de los príncipes alemanes como titulares del poder estatal no fue creada jurídicamente mediante el documento constitucional, sino sólo... determinada y limitada con mayor detalle»<sup>161</sup>. La consti-

157. *Ibid.*, pp. 57 ss.

158. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1911-1913; 1921, 5.ª ed. a cargo de J. Winkelmann, Tübingen, 1976, p. 194, *ibid.*, p. 27; él mismo se refiere a la identidad con el concepto de constitución de Lasalle y previene contra su confusión con el jurídico [trad. cast. *Economía y sociedad*, Madrid, 2002].

159. E. Lasker, «Fragen des Staatsrechts» (1862-1863), en *id.*, *Zur Verfassungsgeschichte...*, cit., p. 373; compárese también su «Wie ist die Verfassung in Preussen gehandhabt worden» (1861); *ibid.*, pp. 9 ss.

160. E. Lasker, «Der König der Verfassung» (1863), *ibid.*, p. 385.

161. C. v. Kaltenborn, *Einführung in das constitutionelle Verfassungsrecht*, Leipzig, 1863, pp. 340 ss.

tución aparece aquí exclusivamente como modificadora del orden competencial. Donde no se limita expresamente al monarca, éste continúa en posesión del poder estatal originario; en estas circunstancias, «el documento constitucional es ley sólo en tanto que se refiere a los súbditos; en la medida en que en él se regula normativamente el régimen de la corona tal documento no puede ser una ley, porque ésta presupone siempre una persona o poder en el Estado situado por encima de aquél para el que la ley se promulga»<sup>162</sup>. Por ello, Seydel comienza su *Bayerisches Staatsrecht* refiriéndose al «soberano» y sólo después sigue el «derecho constitucional», donde trata, en lo esencial, de la representación estatal y de la Administración<sup>163</sup>. Esta idea de constitución es reducida a concepto por Bornhack: «si bien «la república sólo puede ingresar en la vida del derecho mediante su constitución y con la misma», la monarquía presupone siempre la existencia de la persona estatal. Esto continúa, siendo así con la implantación de la constitución. En consecuencia, «la sola constitución de una república... es el único fundamento del derecho público, ... la constitución de la monarquía constitucional», por el contrario, es sólo un orden parcial. A aquél se le puede denominar *constitución*, a éste sólo *documento constitucional*»<sup>164</sup>.

##### 5. Primacía del Estado sobre la constitución

La primacía del Estado sobre la constitución que se manifiesta en esta tesis gana terreno progresivamente en la segunda mitad del siglo y llega a ser dominante tras la fundación del Imperio. Con ello se completa el cambio de perspectivas desencadenado el año de la revolución. Tras los acontecimientos de 1848, la burguesía había aprendido que no podría conseguir la unidad nacional con sus propias fuerzas. El Estado nacional sólo nació cuando los gobiernos hicieron de ello su tarea; la disposición a cederles este trabajo aumentó debido al temor, basado en los hechos de 1848, de no poder detener el empuje del proletariado sin el respaldo del Estado monárquico. Esto deja su huella en la constitución, que adopta funciones defensivas. Precisamente Kattenborn señala como necesidad ineludible, «en nuestro tiempo de agitación y desarrollo violentamente políticos, disponer de una formulación documental» del derecho público «como fundamento firme de todo perfeccionamiento y baluarte seguro frente

162. H. G. Opatz, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen I*, Leipzig, 1884, p. 38.  
163. M. v. Seydel, *Bayerisches Staatsrecht* (1884) I, Freiburg Br./Leipzig, 1896, pp. 169 ss. y 346 ss.  
164. C. Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1896, pp. 37, 46 ss.

al afán gratuito de renovación»<sup>165</sup>. No se trata ya de interpretar el poder estatal en función de la constitución, sino de interpretar ésta en función de aquél: la constitución no es fundamento, sino ingrediente. Consecuentemente, la ciencia jurídica, con escasas excepciones<sup>166</sup>, suele denominar a sus descripciones *derecho público*; la constitución aparece únicamente como una parte de aquél, en modo alguno exhaustiva. En la distribución de tareas entre el Estado y la constitución, la doctrina del derecho público es acorde con la del fundador del Imperio. Bismarck declara ante la Cámara imperial: «Para mí ha habido siempre una sola brújula, una única estrella polar, como guía de mi gobierno: *Salus publica!*... En primer lugar está la nación, de posición en el exterior, su independencia, nuestra organización, de modo que podamos, como una gran nación en el mundo, respirar libremente. Todo lo que se desee después, una constitución liberal, reaccionaria, conservadora... Señorías, eso lo reconozco totalmente abierto, para mí está en segundo lugar, es un lujo de la instrucción, posterior en el tiempo a la construcción firme de la casa... Levantemos primero un edificio sólido, seguro frente al exterior; consolidado en el interior, unido por el vínculo nacional, y luego preguntémosle mi opinión sobre la forma de anueblar la casa con instituciones constitucionales más o menos liberales»<sup>167</sup>. La difundida equiparación de constitución y ley ordinaria se convierte en la expresión jurídica de esta actitud. Como toda ley ordinaria, la constitución emana del poder del Estado preexistente, pero no es su base; la diferencia consiste, al final, sólo en la dificultad para modificarla o, como dice Laband, en la intensificación de la «fuerza formal de ley»<sup>168</sup>. El hecho de que ésta tenga su fundamento en la importancia del contenido —algo que aún sabía Gerber— cayó en el olvido<sup>169</sup>.

##### 6. Identidad entre constitución y ley constitucional

En el año 1870, escribe Lorenz von Stein, «los conceptos esenciales y las normas jurídicas de la constitución son pensados casi hasta el final. Ni siquiera se niega ya la idea de que toda constitución positiva

165. C. v. Kattenborn, *Einleitung...* cit., p. 342.  
166. Por ejemplo, J. Held, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus II*, Würzburg, 1857, pp. 50 ss.  
167. Bismarck, discurso de 24 de febrero de 1881, en *FA*, t. 12, 1929, p. 194.  
168. P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1883) II, Tübingen, 1911, p. 72.  
169. C. Fr. v. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1865), Leipzig, 1880, pp. 7 ss.

no surge únicamente de una idea jurídica, sino que contiene siempre el orden social del momento en cuestión, transformado en derecho estatal; de que, por tanto, aquélla proviene ante todo de la distribución de la propiedad y que su historia es la historia del orden de la humanidad, fundado sobre el orden de la propiedad y el del trabajo. Nuestra época misma, en posesión de una constitución así, ha de formular completamente su principio y saber organizar su sistema. Aquí no caben, en conjunto, muchas dudas: la decisión sobre cuestiones concretas se puede abandonar sin temor al desarrollo natural de las fuerzas y de los hechos»<sup>170</sup>. La doctrina del derecho público confirma a su manera esta impresión: tras la fundación del Imperio el positivismo se impone de forma rápida y duradera, lo que indica que la constitución ya no plantea problemas de tipo político, sino jurídico. La relación de condicionamiento entre constitución jurídica y constitución de hecho brilló fugazmente con ocasión de la pregunta por el fundamento de validez de la constitución federal, no alemana y de la constitución del Imperio. Ambas creaciones estatales situaban a la doctrina alemana del derecho público ante la poco habitual situación de que no se limitaba de forma jurídico-constitucional ningún Estado ya existente, sino que se erigía uno nuevo sobre la base de una constitución. La mayoría de los inuspicables recurrían para solucionar el problema a una constitución fáctica preexistente a la jurídica. Jellinek considera inútil el esfuerzo tendente a construir jurídicamente el origen del Estado: «Todos los acontecimientos mediante los cuales... tiene lugar la creación del Estado son hechos, que pueden ser concebidos históricamente, pero no con una fórmula jurídica»<sup>171</sup>. «El momento más esencial en el concepto de Estado es que éste consiste en un orden, y un orden anterior al orden es en sí mismo una contradicción. Por ello el primer orden, la primera constitución de un Estado, no es ya jurídicamente deducible»<sup>172</sup>. En su *Staatslehre*, Jellinek aclara con mayor detenimiento que «roda asociación duradera necesita un orden, constituido y llevado a cabo conforme a su voluntad, que limite su ámbito y regule la posición de sus miembros en ella y para ella. A un orden de esta índole se le denomina constitución»<sup>173</sup>. De ahí que Estado y constitución se vinculen recíprocamente de forma necesaria. Pero la constitución no tiene por

170. L. v. Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre* (1870), 1: «Der Begriff der Verwaltung und das System der positiven Staatswissenschaften», Stuttgart, 1888, 1.  
171. G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien, 1882, p. 264.  
172. *Ibid.*, p. 266.  
173. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900; Darmstadt, 1960 (reimp.), p. 505.

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN SU DESARROLLO HISTÓRICO

qué ser un orden jurídico: «Basta con la existencia de un poder fáctico que conserve la unidad del Estado para satisfacer el mínimo de constitución que éste necesita para su existencia»<sup>174</sup>.

#### 7. La disolución de la ley constitucional en términos procedimentales

La doctrina positivista del derecho público del Imperio tuvo que soportar posteriormente por parte de Carl Schmitt la crítica de no haber desarrollado teoría constitucional alguna. La razón de mayor peso la ve Schmitt en «el sentimiento de seguridad política y social de la época anterior a la guerra»<sup>175</sup>. Si esto es correcto, entonces durante la República de Weimar había de replantearse por principio la cuestión de la constitución, pues la de Weimar no aparece como expresión de una unidad ya existente, sino que su misma existencia continúa siendo objeto de disputa. En efecto, en esta época puede observarse, tras una intensificación extrema del concepto jurídico de constitución a cargo de Kelsen, su decisiva relativización, debida sobre todo a Smend y Schmitt. Smend se distancia ya con el título *Verfassung und Verfassungswort* (Constitución y derecho constitucional) de la constitución normativista del concepto de constitución, sin que ello le haga aceptar la equiparación empírica entre constitución y relaciones fácticas de poder: «La constitución se halla al servicio «de la vida en la cual el Estado tiene su realidad vital, esto es, al servicio de su proceso de integración. El sentido de tal proceso es la producción, siempre renovada, de la totalidad vital del Estado, y la constitución, la norma legal de las diferentes caras de este proceso»<sup>176</sup>. De lo que se infiere para Smend la necesidad de una «orientación de la constitución del Estado como un orden integrado conforme al valor de la integración»<sup>177</sup>. De ahí se sigue, a efectos de interpretación constitucional, que ésta, al contrario que la interpretación legal, se desligue en lo sucesivo de los vínculos al texto de la norma y al método jurídico para referirse al éxito de la integración: «Con todo, es frecuente que este resultado pueda conseguirse, además, por el fluir de la vida política mediante vías no estrictamente constitucionales, pues el cumplimiento de la tarea de integración encomendada mediante la suje-

174. *Ibid.*, p. 505.  
175. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München/Leipzig, 1928; Berlin, 1954 (reimp.), p. IX [trad. cast. *Teoría de la constitución*, Madrid, 2003].  
176. R. Smend, *Verfassung und Verfassungswort*, München/Leipzig, 1928, p. 78.  
177. *Ibid.*, p. 84.

ción del espíritu a valores, así como mediante los artículos de la constitución, se corresponde, pese a estas discrepancias concretas, con el sentido de la constitución más de lo que lo hace una dinámica constitucional fiel a los artículos, pero deficiente en sus resultados»<sup>178</sup>. De ahí que las normas constitucionales sólo pretendan vincular estrictamente la vida de la constitución en casos excepcionales: «Es elemental el significado imanente y evidente de la constitución expresa, que posee esa elasticidad y que eventualmente es capaz de completar y cambiar su sistema por sí misma»<sup>179</sup>. Entonces, ciertamente ya no es posible trazar un límite preciso entre derecho y realidad. En radical contraposición a la doctrina positivista del derecho estatal, afirma Smend: «Como derecho positivo, la constitución no es sólo norma, sino también realidad; en tanto que constitución, es realidad integradora»<sup>180</sup>.

#### 8. *La disolución de la ley constitucional en términos decisionistas*

En un sentido diferente al de Smend, Carl Schmitt disuelve la constitución escrita, pero no en favor de un proceso permanente, sino de una decisión única. El objeto de su *Verfassungslehre* (Teoría de la constitución) es un sedicente concepto positivo de constitución, definido como «decisión total sobre la índole y la forma de la unidad política»<sup>181</sup>. Schmitt formula este concepto sobre el fondo de una distinción previa entre constitución en sentido absoluto y relativo. La constitución en el primer sentido indica «una totalidad (real o pensada), es decir, o bien el estado global de la unidad y el orden políticos o bien un sistema unitario, cerrado, de normas últimas y supremas»<sup>182</sup>. En el primer caso concierne al ser, en el segundo al deber; no obstante, el deber halla su fundamento en el ser, puesto que presupone una voluntad como origen. En contra, si se califica como constitución «una serie de leyes de determinación índole», solamente se ofrece un concepto relativo de la misma. No se refiere a una totalidad unitaria, sino a una diversidad de normas sin vinculación interna entre sí que sólo puede ser determinada de acuerdo con criterios formales como la derivación a partir de una ley o la dificultad de modificación: «Constitución y ley constitucional son tratadas así de igual manera»<sup>183</sup>. Aunque el propio

178. *Ibid.*, p. 78.  
179. *Ibid.*, p. 79.  
180. *Ibid.*, p. 80.  
181. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 20.  
182. *Ibid.*, pp. 3 ss., 7.  
183. *Ibid.*, p. 3.

Schmitt no haya establecido este vínculo, hay que ver el concepto positivo de constitución como caso particular del concepto absoluto, mientras que la ley constitucional está unida al relativo. Pero ambos no se hallan desconectados: por el contrario, «las leyes constitucionales» valen sólo «por razón de la constitución y la presuponen»<sup>184</sup>. Por ello, «la esencia de la constitución» no se encuentra «en una ley o en norma alguna», sino en la decisión global sobre la índole y la forma de la unidad política. El objetivo de esta separación es «guiar» la atención de los juristas desde la «ley constitucional» a la «decisión política» que hay tras ella: «Correctamente consideradas, esas decisiones políticas fundamentales son, también para una ciencia jurídica positiva, lo decisivo y lo propiamente positivo. Las regulaciones normativas ulteriores, las especificaciones y delimitaciones competenciales en detalle, las leyes para las cuales se elige, por la razón que sea, la forma de leyes constitucionales, son relativas y secundarias con respecto a esas decisiones»<sup>185</sup>. Esto tiene la consecuencia de que, incluso en caso de conflicto, la decisión política informal fundamental se imponga sobre la expresión jurídico-formal. Pero con ello Schmitt no sólo extiende la mirada a la estructura que se encuentra tras la constitución establecida, también abandona las ventajas del control jurídico del poder: la ley constitucional vincula la política conforme únicamente a la decisión fundamental.

#### 9. *Constitución normativa y constitución fáctica*

La *Staatslehre* (Teoría del Estado) de Hermann Heller sale a la luz por primera vez en el extranjero, tras el hundimiento de la República de Weimar. Análogamente a Schmitt y Smend, distingue entre constitución como realidad social y constitución jurídica independiente; busca, al contrario que ellos, evitar la disolución de la constitución en la dinámica o la decisión<sup>186</sup>. La fase final de la República está completamente dominada por el punto de vista jurídico-constitucional de Carl Schmitt que lleva a cabo en adelante la relativización del derecho constitucional apuntada en la *Verfassungslehre*, proporcionando con ello sus consignas a los enemigos de la constitución de Weimar. En su *Der Häter der Verfassung* (El defensor de la constitución), de 1931, analiza «la situación constitucional concreta del presente»<sup>187</sup>: situación que

184. *Ibid.*, p. 22.  
185. *Ibid.*, pp. 23 y 25.  
186. H. Heller, *Staatslehre*, Leiden, 1934, pp. 249 ss., 259 ss.  
187. C. Schmitt, *Der Häter der Verfassung*, 1931; Berlin, 1969, p. 71 [trad. cast. *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1998].

no halla acomodo en el esquema conceptual de la *Verfassungslehre*, pues no es idéntica ni a la constitución (absoluta) ni al derecho constitucional (relativo), sino que se caracteriza de un modo que precisamente la separa de ambas. Huber quiere ver en este escrito la segunda pieza esencial de la teoría constitucional de Schmitt, después de que la *Verfassungslehre* hubiese superado el concepto formal de constitución propio del positivismo<sup>188</sup>. Según esto, «la verdadera constitución no es una constitución normativa, sino al mismo tiempo efectiva y fáctica»<sup>189</sup>. Caen fuera del concepto todos los componentes que no son vistos como decisiones fundamentales, así como estas últimas cuando carecen ya de realidad. Un año más tarde Schmitt entiende, en *Legitimität und Legalität* (Legalidad y legitimidad), la demostración de que la «reorganización de la constitución»<sup>190</sup> no presenta escollo legal alguno. La legalidad no es un postulado general de todo orden jurídico, sino sólo la forma específica de la juridicidad desarrollada por el Estado parlamentario legislativo: donde éste ya no funciona, la legalidad pierde su base. Por eso las formas de la constitución no vinculan ya a quien aspira a defender su sustancia. Huber celebra como «un signo de la responsabilidad política de un insubordinado alemán el que Carl Schmitt, en esta situación amenazadora... haya desenmascarado la futilidad jurídico-constitucional de la exigencia de legalidad»<sup>191</sup>. Pero Schmitt ni siquiera considera que en la situación de 1932 sea posible salvar una vez más la totalidad de la esencia constitucional. Ve en la constitución de Weimar un conglomerado de dos decisiones fundamentales contradictorias, fundadas en la decisión de la mayoría: en parte organización axiológicamente neutral y en parte derechos fundamentales conforme a valores. «Reconociendo que la constitución de Weimar son dos constituciones se plantea la elección de una de ellas», de modo que el Estado parlamentario legislativo ha de ser sacrificado en favor del «orden sustancial». «Si esto tiene éxito, la idea de una obra constitucional alemana se salvará»<sup>192</sup>.

188. Fr. Landeck (e. d., E. R. Huber), «Verfassung und Legalität»: *Dr. Volkstum Halbmomasschr. F. d. dt. Geistesleben* 14 (1932), p. 734.  
 189. *Ibid.* De manera completamente análoga, Fr. Günter (e. d., E. Forsthoff), «Krisis des Staatsdenkens»: *ibid.* 13 (1931), p. 173.  
 190. C. Schmitt, *Legitimität und Legalität*, 1932 [trad. cast. *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971], *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958, p. 343.  
 191. Fr. Landeck (e. d., E. R. Huber), «Verfassung und Legalität», cit., p. 734.  
 192. C. Schmitt, *Legitimität...*, cit., pp. 344 ss.

#### 10. *El fin de la constitución normativa*

No se puede dar por supuesto que Schmitt aludiese en 1932 al sistema nacionalsocialista como la «obra constitucional alemana». No obstante, después de que éste hubiera conseguido el poder, escribe, bajo el título «Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsgaue» («Un año de Estado constitucional nacionalsocialista»): «El liberalismo celebró su mayor triunfo al imponer la idea de que un Estado sin constitución liberal carece absolutamente de constitución... De ahora en adelante es necesario subrayar con decisión, a la vista de la actual situación constitucional, que toda constitución posee su propio concepto de tal»<sup>193</sup>. También el Estado nacionalsocialista posee una constitución, ciertamente diferente de las liberales no sólo por su contenido, sino también por su forma. Huber la caracteriza, en su manual de derecho constitucional, con la siguiente frase: «La nueva constitución del Imperio Alemán... no es una constitución en sentido formal»<sup>194</sup>. Incluso Schmitt advierte expresamente contra la concesión de una forma liberal al contenido nacional (*völkisch*): «No sería ni políticamente correcto ni conforme al espíritu del nacionalismo que los propios nacionalsocialistas se dejaran desconcentrar siquiera un segundo y pensasen que es posible oponer a la constitución de Weimar, al menos en la forma de una regulación resumida y formulada en un documento, otro documento de contenido nacionalsocialista»<sup>195</sup>. Lo importante no sería promulgar una «pseudonstitución» como la de Weimar, sino «decidir políticamente... la situación constitucional efectiva en todos sus puntos esenciales»<sup>196</sup>. El mismo Hitler, en su declaración de gobierno de 23 de marzo de 1933, había anunciado el establecimiento de una constitución «que vincularse la voluntad del pueblo con la autoridad de un verdadero caudillaje. La legalización en términos legales (*gesetzliche Legalisierung*) de dicha forma constitucional se concede al pueblo mismo»<sup>197</sup>. No obstante, la ciencia jurídica nacionalsocialista deja claro que las leyes constitucionales, o incluso un eventual documento constitucional, nunca serían la auténtica constitución, sino sólo irradiaciones y reflejos del

193. C. Schmitt, «Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsgaue»: *Dr. Recht. Zentral-Organ d. Bundes Nationalsozialistischer dt. Juristen* 4 (1934), p. 27.  
 194. E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches*, 1937, Hamburg, 1939, p. 54.  
 195. C. Schmitt, «Ein Jahr...», cit., p. 27.  
 196. *Ibid.*, p. 28.  
 197. A. Hitler, «Regierungserklärung v. 23. 3. 1933», en M. Domarus (ed.), *Hitler. Reden, 1932-1945* VI, München, 1965, p. 232.

núcleo constitucional no escrito. La auténtica constitución se resiste incluso a toda solidificación normativa, puesto que no pertenece al orden del deber, sino al del ser, que porta en sí mismo su legitimidad: «No es en absoluto una suma de prescripciones expresas, de normas jurídicas escritas, de organizaciones e instituciones estables. El núcleo de la constitución es la ordenación viva y no escrita en la cual la comunidad política del pueblo alemán encuentra su unidad e integridad». Puesto que a esta constitución no le corresponde función alguna de regulación de la realidad política, tampoco depende de las cualidades formales de la constitución jurídica. Efectivamente, la ausencia de formalidad aparece como presupuesto de «que el orden fundamental no se petrifique, sino que permanezca en un movimiento constantemente vivo. La esencia del nuevo orden constitucional no la componen instituciones muertas, sino formas fundamentales vivas».<sup>198</sup>

V. PERSPECTIVA

Tras las experiencias del naufragio de la democracia de Weimar y de la dictadura nacionalsocialista, la constitución jurídica fue reconstruida y protegida. Particularmente, la institución de una jurisdicción constitucional dotada de amplias competencias ha proporcionado a la constitución jurídica una importancia en el proceso político insospechada hasta la fecha. La constitución entra así en el conocimiento público casi exclusivamente como norma; pero, al mismo tiempo, la elevada exigencia de validez ha agudizado la atención hacia las derivaciones con respecto a la situación jurídica deseable, las cuales, habitualmente consideradas bajo el punto de vista de la realidad constitucional, retornan en los elementos del concepto empírico de constitución. Pese al aumento de la importancia de la constitución jurídica, no puede pasarse por alto que las condiciones han cambiado esencialmente. La constitución jurídica surgió como un medio para implantar y consolidar el modelo social burgués, que emanaba de la capacidad de autogobierno de la sociedad y necesitaba al Estado únicamente como garante de la libertad individual y de la autonomía social. El problema constructivo residía, en estas circunstancias, en la limitación del Estado a la función de garantía y en la vinculación de su actividad a los intereses de la sociedad burguesa. Esta tarea era de naturaleza negativa y organizativa y encontró, como tal, su solución adecuada en un derecho que sometiese al poder estatal. Desde en-

198. E. R. Huber, *Verfassungsrecht...*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 55.

tonces, la premisa de la capacidad de autogobierno se ha mostrado errónea: vuelve a exigirse del Estado la producción activa de un orden social justo. Las tareas estatales se materializan de nuevo. Al mismo tiempo, el éxito del Estado en la persecución de sus fines depende de las fuerzas sociales que disponen de importantes recursos políticos. La constitución jurídica paga estas transformaciones con una pérdida de importancia. Para unos, los problemas que ahora aparecen ya no son negativos y de organización, sino de naturaleza positiva y material; jurídico-constitucionalmente se puede dirigir su solución, pero no resolventes. Para otros, en la misma medida en que las fuerzas no estatales toman parte en las decisiones políticas, la constitución pierde su capacidad de regular plenamente el ejercicio del poder político y descende a la condición de orden parcial. El conocimiento que nos ha proporcionado esta investigación permite, en la misma medida en que se tome conciencia de esto, prever una creciente importancia de la constitución político-social que sirve de base a la constitución jurídica.

[Traducción de Raúl Sanz Burgos]

BIBLIOGRAFÍA

- Böckenfürde, E. W., «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en A. Buschmann (ed.), *Festschrift Rudolf Grimm*, Bielefeld, 1983, p. 7.
- Boldt, H., *Einführung in die Verfassungsgeschichte*, Düsseldorf, 1984.
- Brunner, O., «Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte», en H. Kämpf (ed.), *Herrschaft und Staat im Mittelalter*, Darmstadt, 1960.
- Dilcher, G., «Zum Verhältnis von Verfassung und Verfassungstheorie im kritischen Konstitutionalismus», en G. Kleinheyer y P. Mikat (eds.), *Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift Hermann Conrad*, Paderborn, 1979, p. 65.
- Duclos, P., *La notion de constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Paris, 1932.
- Gough, J. W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, 1961.
- Hofmann, H., «Zur Idee des Staatsgrundgesetzes», en *id.*, *Politik - Recht - Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt a.M., 1985, p. 261.
- Huber, E. R., *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, Hamburg, 1935.
- Huber, E. R., «Vom Sinn verfassungsgeschichtlicher Forschung und Lehre», en *id.*, *Beurteilung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1975.

- McIlwain, Ch. H., «Some Illustrations of the Influence of Unchanged Names for Changing Institutions», en P. Lombard Sayre (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophy. Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, 1947.
- McIlwain, Ch. H., *Constitutionalism Ancient and Modern* (1940), Ithaca, 1966.
- Näf, W., «Der Durchbruch des Verfassungsgedankens im 18. Jahrhundert», en id. (ed.), *Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte II*, Bern, 1953.
- Redslob, R., *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789, ihre Grundlagen in der Staatslehre der Aufklärungszeit und in den englischen und amerikanischen Verfassungsgedanken*, Leipzig, 1912.
- Renner, F., *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz*, tesis doctoral, Zürich, 1968.
- Roggentin, M., *Über den Begriff der Verfassung in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert*, tesis doctoral, Hamburg, 1978.
- Schambeck, H., «Der Verfassungsbegriff und seine Entwicklung», en A. J. Merkl et al. (eds.), *Festschrift Hans Kelsen*, Wien, 1971.
- Schmid-Assmann, E., *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, Berlin, 1967.
- Stourzh, G., «William Blackstone: Teacher of Revolution»: *Jahrbuch für Amerikastudien* 15 (1970), p. 184.
- Stourzh, G., «Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff», en Fr. Engel-Janosi, G. Klingenstein y H. Lutz (eds.), *Fürst, Bürger, Mensch*, Wien, 1975, p. 97.
- Stourzh, G., «Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert», en R. Vierhaus (ed.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen, 1977, p. 294.
- Stourzh, G., *Fundamental Laws and Individual Rights in the 18th Century Constitution*, Claremont, Cal., 1984.
- Vierhaus, R. (ed.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen, 1977.
- Zweig, E., *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, Tübingen, 1909.

## RETORNO A LA COMPRESIÓN LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

5

### I. SOBRE LA SITUACIÓN

El descubrimiento del principio de proporcionalidad y el despliegue del contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales se han mostrado como las innovaciones de mayores consecuencias en la dogmática de los derechos fundamentales de la posguerra. Pero, a la vez que el principio fundamental de proporcionalidad progresa en el marco de la conocida defensa negativa de los derechos fundamentales y se refuerza decisivamente el poder defensivo de éstos contra las intromisiones del Estado en la libertad, la comprensión jurídico-objetiva abre a los derechos fundamentales un área de aplicación enteramente nueva. De esta interpretación de los derechos fundamentales se derivan, de forma paulatina, su irradiación a las relaciones de derecho privado, la denominada eficacia frente a terceros, los derechos originarios a prestaciones o derechos de participación de los individuos frente al Estado, el deber de protección por parte del Estado de las libertades aseguradas por derechos fundamentales, las garantías procesales de los procesos estatales de decisión de los que puedan derivarse perjuicios para los derechos fundamentales, los principios de organización de las instituciones públicas y privadas en las cuales los derechos fundamentales se hacen valer según el principio de la división de funciones<sup>1</sup>; y aún serían posibles nuevos pasos. Así,

1. Válidas como líneas de división del Tribunal Constitucional alemán para la eficacia frente a terceros (*Dritwirkungs*) *BVerfGE* 7, p. 198 (1958); para los derechos de prestación y de participación *BVerfGE* 33, p. 303 (1972); para los deberes de

los derechos fundamentales, en primer lugar, no se refieren ya unilateralmente al Estado, sino que se vuelven normativos también para el orden social; en segundo lugar, se desvinculan de la función unilateral de protección y sirven, asimismo, como fundamento de los deberes de actuación estatal.

Por supuesto, sería erróneo esperar que los componentes negativos y de intervención de los derechos fundamentales se pudiesen sustraer sin problemas. Antes bien, el mandato estatal de defensa de la libertad asegurada mediante los derechos fundamentales no puede cumplirse, por regla general, sino mediante el recorte de otras libertades o de la misma libertad con respecto a otras. Por consiguiente, las exigencias de actuación del Estado que se derivan de los derechos fundamentales elevan el número de las intervenciones en el área protegida por éstos y conducen, a juzgar por las apariencias, a un debilitamiento de su fuerza protectora. Mientras que una interpretación exclusivamente negativa de los derechos fundamentales contribuye a estabilizar el *status quo* social, su comprensión en términos de intervención genera un impulso transformador. Por eso, no sorprende que se haya impuesto sin dificultad el principio fundamental de proporcionalidad como una intensificación de la habitual función protectora de los derechos fundamentales y, sin embargo, se practique de forma casi indiscutida la interpretación jurídico-objetiva de éstos, aunque el tema sigue siendo objeto de continua discusión. Precisamente, en los tiempos más recientes ha vuelto a aumentar la crítica, que sigue teniendo una base fundamentalmente metodológica. Los críticos hacen responsable a la comprensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales de la elevada discrecionalidad en la interpretación de estos derechos, así como de la consiguiente pérdida de racionalidad de la aplicación jurídica, y ven en ello la causa más im-

defensa *BVerfGE* 39, p. I (1975); para las garantías de procedimiento *BVerfGE* 53, p. 30 (1979) y para los principios de organización *BVerfGE* 57, p. 295 (1981).

2. Véase, sobre todo, B. Schlink, «Freiheit durch Eingriffsabwehr-Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktionen», *EuGRZ* 1984, p. 475; ya antes, *id.*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976; además, quizá, M. Degen, *Pressfreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie*, Berlin, 1981; acaso también G. Haverkate, *Rechtspflegen des Leistungsstaats*, Tübingen, 1983; anterior, pero durante mucho tiempo sin partidarios, J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1978; la antigua dirección crítica está acuñada en diferentes artículos de Forsthoff de los últimos años sesenta, recogidos en E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, München, 1976; en este punto, especialmente, los artículos de los capítulos III y V; véase también H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, Stuttgart, 1974. Una discusión crítica con la posición de Schlink se halla en K.-H. Ladeur, «Klassische Grundrechtsfunktion und „post-moderne“ Grundrechtstheorie», *KJ* 1986, p. 197.

portante de usurpación de competencias políticas por los tribunales, en particular por el Tribunal Constitucional federal.

Pero entre la vieja y la joven generación de críticos, las diferencias saltan a la vista. La mayoría de las veces, tras las objeciones metodológicas de la postura tradicional es posible percibir reservas que se traen la comprensión de la libertad en términos social-estatales que se atribuye a las fundamentaciones jurídico-objetivas. La limitación a la protección negativa de los derechos fundamentales que se reclamaba en nombre de la aplicación racional del derecho tiende a salvaguardar a las clases propietarias burguesas. Este motivo no desempeña papel reconocible alguno en la mayoría de los críticos actuales: al contrario, las metas sociales y estatales de la interpretación amplia de los derechos fundamentales se aceptan de manera generalizada. Sin embargo, el recurso a la interpretación jurídico-objetiva de los derechos fundamentales parece demasiado costoso desde los puntos de vista jurídico-estatal y democrático. Por ello, de nuevo se exhorta a apartarse del contenido jurídico-objetivo e intervencionista de los derechos fundamentales y a restringirlos a su función jurídico-subjetiva y negativa. Toda la doctrina desea conservar la protección frente a las intervenciones del Estado en la esfera de la libertad; pero algunos críticos pretenden superar los problemas de la libertad en el moderno Estado de bienestar con la dogmática tradicional de la defensa frente a la intervención. Un artículo de Schlink, que preconiza enérgicamente esta vía, se titula, de manera característica, «La libertad mediante la defensa de la intervención: la reconstrucción de las funciones clásicas de los derechos fundamentales»<sup>3</sup>.

Naturalmente, a efectos de justificar la invitación a utilizar los derechos fundamentales sólo en función negativa, la cuestión de si esto supone o no restablecer su función clásica carece de importancia, pero distinguirla con este sello otorga a esta postura un mayor poder de convicción. Por ello merece la pena preguntarse si en la defensa frente a la intervención se encuentra, de hecho, la función clásica de los derechos fundamentales. Incluso en el caso de que sea así, hay que aceptar que la ampliación de funciones de los derechos fundamentales tiene causas sociales explicables; sólo cuando éstas son conocidas es posible pronunciarse sobre si la ampliación está justificada. Asimismo se hacen visibles las pérdidas que amenazan si las nuevas funciones de los derechos fundamentales son abandonadas; pérdidas que, naturalmente, no resultan inevitables, pues por regla general los problemas pueden resolverse de más de una manera. Por

3. *EuGRZ*, 1984, p. 457.

eso se hace necesario revisar la afirmación de que los riesgos para la libertad que han conducido a ampliar en términos jurídico-objetivos la defensa de los derechos fundamentales pueden también superarse con la ya probada dogmática de la protección frente a la intervención, evitando precisamente las tan criticadas pérdidas de seguridad y racionalidad. Si no es ése el caso, cabe preguntarse si las soluciones concebibles satisfacen la pretensión de racionalidad de la interpretación constitucional sin dejar irresueltos los acuciantes problemas de la libertad desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

## II. ¿ES LA DEFENSA FRENTE A LA INTERVENCIÓN LA FUNCIÓN CLÁSICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

En la forma moderna de entender el término, los derechos fundamentales son obra de la revolución americana<sup>4</sup>. Los colonos americanos reaccionaron oponiendo estos derechos al característico déficit de los derechos de libertad ingleses, anclados exclusivamente en el plano de la ley ordinaria y que, por tanto, no constituían defensa alguna contra las limitaciones de la libertad decididas en el parlamento. Éstos tenían más bien la condición de autolimitaciones del titular de la libertad y no podían dar lugar a infracción jurídica alguna. Los colonos americanos lamentaban la carga impositiva antiutilitaria del parlamento británico, en el que no estaban representados, y la intranquilidad de aquél les forzó a romper con la metrópoli apelando al derecho natural y a constituir un poder estatal propio. En este contexto, como consecuencia de las experiencias con el parlamento inglés, los derechos de libertad ingleses vigentes en las colonias fueron elevados al rango constitucional, con escasas modificaciones de contenido, y antepuestos al poder legislativo. Su importancia jurídica se hallaba en que desde hacía mucho tiempo protegían un orden social liberal contra abusos estatales como el que se experimentaba en ese momento, y lo hacían concediendo al afectado un derecho a exigir la omisión judicialmente imponible. De ahí que la historia del surgimiento de los derechos fundamentales en su país de origen abogue, de hecho, por la defensa frente a la intervención como función originaria de los derechos fundamentales.

4. Véase, para las funciones de los derechos fundamentales desde un punto de vista histórico, el segundo capítulo de este volumen; también, D. Grimm, "Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung", en *Id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987, p. 192.

Más cuando se dirige la mirada a Francia, el país europeo donde se originan los derechos fundamentales, la imagen se modifica. La Revolución francesa se asemeja a la americana en que eliminó el poder estatal hereditario de manera revolucionaria y erigió uno nuevo, asimismo sobre la base de una constitución escrita que definía las condiciones de legitimidad del poder político al tiempo que fundaba y limitaba sus atribuciones. Pero ambas revoluciones se diferenciaban en el punto de partida y en la meta: mientras las colonias americanas ya disfrutaban en el siglo XVIII de un orden social considerablemente liberal, que sólo de forma muy ocasional era perturbado por la metrópoli, el orden social en Francia no se caracterizaba por la libertad ni por la igualdad sino por deberes y obligaciones, límites estamentales y privilegios. De ahí que la revolución americana se agotara en el cambio del poder político y en la adopción de precauciones frente a su abuso, mientras que para la francesa el cambio del poder político no constituyó sino el medio para la postergada reforma del orden social. La verdadera meta de la Revolución se hallaba en la reorganización de aquél en torno a las máximas de libertad e igualdad. Su realización, por tanto, exigía una renovación radical de los derechos civil, penal, procesal, etc., mientras que nada sabemos de tales grandes reformas tras la revolución americana.

A la vista de esta situación, sorprende que la Asamblea nacional francesa, con considerable mayoría, se decidiese a comenzar su obra reformadora no con la reorganización del derecho común, sino con la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales, mientras que el derecho feudal-estamental del *Ancien Régime*, propio de un Estado-policía, sólo posteriormente sería sustituido por el liberal-burgués. Esta secuencia revela por sí sola que los derechos fundamentales no pueden concebirse aquí como derechos subjetivos de protección: esta función habría sido contraria a la meta de la Revolución, inmutando precisamente la transformación en sentido liberal al viejo orden jurídico considerado injusto. En tales circunstancias, los derechos fundamentales hicieron más bien las veces de principios supremos conductores del orden social, llamados a dar firmeza y continuidad a la trabajosa y complicada reforma del derecho. Por consiguiente y ante todo, no señalaban límites al Estado sino que se dirigían a él con un mandato de actuación. Los derechos fundamentales eran, por definición, guías para que el legislador llevase a cabo la reforma del derecho ordinario conforme a ellos: pero esto no es otra cosa que la función jurídico-objetiva de tales derechos. Sólo después de haber concluido la transformación del orden social en términos de libertad e igualdad pudieron repliegar en Fran-

cia, como desde el principio había ocurrido en América, a su función negativa.

En Alemania, donde a comienzos del siglo XIX surgieron en diversos estados construcciones con catálogos de derechos fundamentales (no consiguadas por la vía revolucionaria, sino otorgadas libremente por los monarcas por una serie de circunstancias relativas al Estado, lo que hizo que quedaran rezagadas con respecto a los derechos fundamentales americanos y franceses en su contenido y alcance), aquéllas tropiezan con un orden jurídico que había comenzado su transformación desde los orígenes feudal-estamentales a los liberal-burgueses, aunque sin completarla. En esta situación, a los derechos fundamentales les correspondió un doble papel: por una parte, se extendieron sobre las conquistas alcanzadas para asegurarlas; por otra, promerieron la continuación de las reformas. Puesto que estas últimas se demostraban en el clima restaurador posterior a 1820, la doctrina del derecho público sostenida en el Premarzo, de orientación profundamente liberal, dio prioridad al carácter objetivo y de mandato de los derechos fundamentales sobre su significado negativo y los interpretó como principios objetivos a los cuales debía adaptarse el derecho ordinario. Materializar los derechos fundamentales mediante la legislación de derecho privado, penal, procesal y de policía fue también el tema prioritario de los parlamentos del Premarzo. Sólo en la segunda mitad del siglo, cuando la libertad prometida mediante los derechos fundamentales se asentó ampliamente en el derecho ordinario, comenzó la reducción de éstos a su función negativa, que hoy se hace pasar por clásicas<sup>5</sup>.

Ciertamente, este desarrollo estaba previsto en la lógica del liberalismo, de cuya ideología brotaron los derechos fundamentales. Una vez establecidas jurídicamente la libertad y la igualdad, ambas debían producir de forma automática la prosperidad y la justicia mediante el mecanismo del mercado. En tales circunstancias, cualquier intervención estatal en la sociedad que no sirviera a la protección frente a cualquier clase de perturbación, sino que persiguiese ambiciones de gobierno, no podía sino desfigurar el libre juego de las fuerzas y cuestionar el acervo del sistema. Por ello, la función capital de los derechos fundamentales en la sociedad burguesa ya materializada consistió en trazar una línea de separación entre Estado y sociedad. Considerados desde el punto de vista del Estado, eran límites a su

5. Véase D. Grimm, «Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts», en *id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 308.

actuación; desde el de la sociedad, derechos de protección. En este punto aparece el componente jurídico-objetivo, como estado de transición a la concepción liberal-burguesa de los derechos fundamentales. Al final, sólo el efecto negativo sobrevivirá; pero el significado jurídico-objetivo, lejos de desaparecer por ello, permaneció latente. Persistió, por así decirlo, en posición de espera, presto a irrumpir de nuevo cuando hubiera amenaza de desviaciones respecto al objetivo o el automatismo fuera perturbado. Eso hace que sólo en muy escasa medida pueda hablarse de la función negativa de los derechos fundamentales como de su función clásica.

### III. RAZONES DE LA EXPANSIÓN DE LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El redescubrimiento del componente jurídico-objetivo de los derechos fundamentales se basa precisamente en el rechazo de las premisas liberales de acuerdo con las cuales la libertad jurídicamente igual, sin la intervención del Estado, conduce automáticamente a la prosperidad y a la justicia. Esta presunción se ha mostrado absolutamente hipotética. La consecuencia es que ya no se puede seguir hablando de libertad jurídico-fundamental prescindiendo de sus condiciones efectivas<sup>6</sup>: éstas también han de ser tenidas en cuenta con respecto a la cuestión de si debe volverse a la comprensión negativa de los derechos fundamentales. A este respecto, podemos distinguir un estrato antiguo y otro nuevo de problemas:

a) El estrato más antiguo de problemas se caracteriza por la denominada *cuestión social*. Tras él se halla la experiencia, procedente de la primera mitad del siglo XIX, de que la serie de libertades aseguradas por los derechos fundamentales carece de utilidad para aquellos a quienes les faltan los presupuestos materiales de su uso; este juicio es tan elemental, que ni siquiera el liberalismo pudo obviarlo. El liberalismo de concepción preindustrial podía aún aceptar que, tras la eli-

6. Véase, entre la doctrina alemana, E.-W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», *NJW*, 1974, p. 1529; P. Häbert, «Grundrechte im Leistungsstanz», *VVDStRL* n.º 30, 1972, p. 43; K. Hesse, «Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland», *EurGRZ*, 1978, p. 427; D. Grimm, «Grundrechte und soziale Wirklichkeit», en W. Hassinger *et al.* (eds.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden, 1982, p. 39; de la doctrina suiza, P. Saladin, «Grundrechte im Wandel», Bern, 1982; J. P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung*, Basel, 1981; *id.*, «Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie», *ZSR* NF 97, 1978, p. 270.

minación de los abundantes obráculos a la actividad procedentes de los límites estamentales, del feudalismo, del sistema gremial y del mercantilismo, el logro de estos medios se consideraba una meta necesaria para el uso de los derechos fundamentales, pese a las posibilidades abiertas, probaba con ello su incapacidad subjetiva; su miseria podía considerarse achacable y, en ese sentido, no injusta. Según la convicción del liberalismo, el principio de libertad igual defendía a todos de la explotación privada y del exceso de poder, excluía el dominio de unos miembros concretos de la sociedad sobre otros y admitía las obligaciones entre ciudadanos sólo cuando fueran voluntariamente aceptadas. De este modo, cualquiera tenía la posibilidad de buscar su propio provecho sin que nadie pudiera ser forzado a negocios desventajosos. Por ello, el acuerdo voluntario —como siempre había sucedido— no dejaba lugar a injusticia alguna.

La hipótesis sobre la que descansaba el modelo social burgués se mostró incorrecta. Poco después de su materialización surgió una masa de indigentes no achacable a fallos individuales sino condicionada por razones estructurales, que no podía superar esa condición mediante su propio esfuerzo. Esa situación no apareció como consecuencia exclusiva de la revolución industrial: simplemente fue acentuada por ella. Lo cual tuvo consecuencias para la realización de la libertad igual prometeda por los derechos fundamentales, consecuencias que no se limitaron a que la libertad reconocida a todos por igual fuera relativamente fértil para la parte de la población que carecía de medios de subsistencia: el efecto más drástico fue que dicho sector de la población cayó bajo la dependencia de los económicamente poderosos. En una situación en que no escaseaba la fuerza de trabajo, los indigentes, que sólo disponían de la suya, hubieron de aceptar las condiciones de los acaudalados para sobrevivir. Desde el punto de vista formal, ambos no hicieron sino disponer de su libertad contractual; materialmente, una parte podía dictar las condiciones a voluntad mientras a la otra no le restaba sino elegir entre la conformidad y la ruina. De este modo, en lugar del esperado justo equilibrio de intereses, en la esfera liberada del dominio estatal se establecieron relaciones privadas de dominio, posibilitando la explotación de una parte de la sociedad por la otra.

Estos datos no sólo son válidos para las especiales circunstancias de la incipiente era industrial, sino que pueden generalizarse. Un concepto de libertad igual no puede hacerse efectivo con independencia de las condiciones reales de utilización de la libertad. Los derechos fundamentales entendidos de manera negativa sólo

conducen a la meta del justo equilibrio de intereses en condiciones sociales de equilibrio de fuerzas; en situación de desequilibrio material, la libertad formalmente igual se transforma, *de facto*, en el derecho del más fuerte. De este modo, la limitación del Estado deja de equivaler a la libertad real. El equilibrio de fuerzas que constituye la condición implícita del éxito del modelo liberal es absolutamente incapaz de realizar sus propios ajustes. Al contrario, el sistema permite la acumulación de poder social como consecuencia de la autonomía privada, produciendo así constantes riesgos para la libertad: su condición liberal no se sustenta en sí misma, sino que es precaria. Cuando esto ocurre, vuelve a materializarse el problema de la libertad que el liberalismo había creído posible solucionar formalmente<sup>7</sup>. La conservación de la libertad igual dependerá pues, en adelante, de una limitación del poder del Estado, pero además de una inachable protección de la libertad y de contramedidas de control por parte del Estado. La expresión de todo esto en la dogmática de los derechos fundamentales es la recuperación de la dimensión jurídico-objetiva de los mismos.

Esta consecuencia fue reconocida ya en el siglo XIX, si bien no tuvo efectos entonces; al contrario, la creciente dogmatización de la función negativa de los derechos fundamentales se dio junto con la más profunda escisión de la sociedad en clases. De este modo la defensa contra el Estado, pensada originariamente como medio técnico-jurídico para lograr el objetivo de la libertad individual igual, se elevó a verdadero sentido de los derechos fundamentales. Esto hizo posible justificar uno de los mayores escándalos de la incipiente era industrial, el trabajo infantil, invocando los derechos fundamentales de libertad de propiedad y de contratación, así como la patria potestad, frente a los intentos legales de limitarlos; al mismo tiempo, el carácter protector de los derechos fundamentales permanecía inadvertido en los proyectos legales. Ciertamente, cuanto menos amenazados estaban los intereses de la burguesía por el Estado, más disminuía la valoración burguesa de los derechos fundamentales. Cuando el *Cuarto Estado* comenzó a reclamar como meta tales derechos para cubrir su déficit de libertad, su contenido de intervención le fue negado por parte de la doctrina inuspublicista: hacia el final del siglo XIX, aquéllos habían perdido ya completamente su referencia a la libertad para reducirse a formulaciones casísticas del principio general de la legalidad de la Administración. No poseían ya en absoluto

7. Véase D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 45.

un significado normativo independiente, distinto del de los principios constitutivos del orden social.<sup>8</sup>

En contra, si los derechos fundamentales se toman en serio como normas materiales jerárquicamente supremas del ordenamiento, una vez aparecida la cuestión social no pueden ya agotarse en mantener a distancia al Estado sino que han de extender su protección a los pre-supuestos materiales del ejercicio de la libertad y los peligros que amenazan a ésta desde la sociedad misma. Así, su contenido jurídico-objetivo entra nuevamente en juego. Si se tiene en cuenta la necesidad de fundar materialmente la libertad, dicho contenido se concreta en las dimensiones de prestación y de participación; si son los peligros sociales para la libertad los que se tienen en cuenta, en la influencia sobre el derecho privado. En ambos casos el mandato de los derechos fundamentales se dirige en primer lugar al legislador, que ha de distribuir los recursos y llevar a cabo la compensación de intereses allí donde ésta no se ajusta por la autonomía privada. Pero, en segundo lugar, se incluye igualmente aquella aplicación del derecho que tiene que conceder una prestación (deducida necesariamente de los derechos fundamentales) incluso en ausencia de una ley que fundamente la prestación, del mismo modo que en toda interpretación del derecho privado que pretenda restringir algún derecho fundamental ha de tenerse en cuenta la importancia de éste. Tras la eficacia (indirecta) frente a terceros no se esconde sino esta irradiación (reconocida entretanto de forma general) de los derechos fundamentales sobre el derecho ordinario que ha de interpretarse conforme a aquéllos, que pierde mucho de su potencia una vez aclarada su forma de actuar.

b) El estrato más reciente de problemas puede atribuirse a la creciente complejidad de las estructuras y funciones sociales, tras las cuales se halla una vez más el progreso científico-técnico como fuerza motriz. Dichos problemas poseen diferentes efectos relevantes en el área de los derechos fundamentales. El primero resulta de la ambivalencia del progreso: todo aligeramiento de las tareas humanas engendra simultáneamente nuevas fuentes de riesgo y una serie de costes para las libertades aseguradas por los derechos fundamentales, en particular para la vida y la salud. Puesto que un sistema económico que aprovecha comercialmente los resultados de la ciencia y la técnica y se halla a la vez protegido por los derechos fundamentales no dispone de sensores para los costes externos, en tanto éstos no se traduzcan

8. Véase D. Grimm, «Die Entwicklung...», cit.

en pérdidas de ganancia, el respeto de los bienes protegidos por los derechos fundamentales amenazados deberá conseguirse coactivamente por medio del Estado. La expresión dogmático-jurídica de esta necesidad en materia de derechos fundamentales es la obligación de proteger por parte del Estado las libertades aseguradas mediante éstos. La obligación de protección en la judicatura alemana se desarrolló precisamente con motivo de un caso en que se suprimió una protección existente desde hacía mucho tiempo, a saber, la prohibición jurídico-penal de abortar<sup>9</sup>. Pero la obligación de protección no tiene su principio de aplicación allí donde se restringe una protección preexistente, sino donde las disposiciones protectoras de los derechos fundamentales se hallan frente a nuevos tipos de riesgo, como es el caso del procesamiento automático de datos o de la técnica genética.

Consecuencias adicionales del progreso científico-técnico son la progresiva artificialización de la vida y la reducción, en igual medida, del ámbito de la libertad natural. Se considera natural una libertad de cuya salvaguarda es capaz su titular sin que para ello sean necesarias determinadas prestaciones previas de terceros. En sentido estricto, no existe libertad alguna carente de presupuestos; no obstante, desde un punto de vista pragmático es perfectamente posible distinguir en el libre ejercicio de aquellas que únicamente pueden ser defendidas en el marco de las instituciones sociales o estatales. A modo de ejemplo, la libertad de opinión pertenece a las primeras y la libertad de medios de comunicación a las últimas. En los ámbitos crecientes de la «libertad constituida»<sup>10</sup>, la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales no depende primariamente, como en las libertades naturales, de la limitación del Estado, sino de un desarrollo que promueva les, de la limitación del Estado, sino de un desarrollo que promueva la libertad de los correspondientes ámbitos vitales por medio de la actividad estatal. Éste es el motivo de la creciente utilización de los derechos fundamentales como principios rectores de las organizaciones e instituciones, es decir, tanto de las organizaciones sociales (em-presas, fábricas) como de las públicas (por ejemplo, las instituciones educativas o establecimientos de radiodifusión).

En el plano estatal, tanto los déficits de autogobierno social como la complejidad, impulsada por la ciencia y la técnica, de las estructuras y funciones sociales han conducido a una modificación cuantitativa y cualitativa de sus contenidos. Si el Estado podía, bajo la premisa

9. BVerfGE 39, p. 1.

10. El término aparece en G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehr-rechte*, Baden-Baden, 1988, pp. 75 ss.

liberal de la capacidad de autogobierno social, limitarse a preservar de perturbaciones ese orden social precedente o a restablecerlo, al moderno Estado de bienestar le corresponde la tarea de velar activamente por la prosperidad y la justicia. El crecimiento, sin embargo, no ha ido acompañado de una expansión análoga de sus competencias de disposición sobre los ámbitos de las funciones sociales; al contrario, éstas disfrutan de una autonomía asegurada por los derechos fundamentales, lo que repercute sobre el instrumental destinado a la realización de las tareas estatales. Mientras la intervención imperantipolítica liberal, el moderno Estado de bienestar se sirve ante todo de medios indirectos de planificación y control para evitar las crisis y estructurar la sociedad. No obstante, pocos actos de control y planificación exhiben los rasgos convencionales de la intervención en defensa de los derechos fundamentales; por ello, tales actos amenazan con escapar a las medidas protectoras concebidas para dicha intervención. Con todo, tales medidas afectan a la esfera de la libertad jurídico-fundamental de forma más eficaz que la intervención particular en la esfera jurídica individual, pues determinan en general las condiciones-marco de la libertad.

Como reacción, se observa una constante expansión de la reserva de ley<sup>11</sup>. Sin embargo, cada vez resulta más evidente que ésta sólo produce de forma limitada el deseado efecto de orientación democrática de la Administración, de previsibilidad y control, característico del Estado de derecho. Donde la intervención actúa de manera concreta, bipolar y retrospectiva, la moderna actividad estatal despliega un efecto extensivo, polidético y prospectivo. Tales cualidades hacen que, a diferencia de la protección contra riesgos causados por el Estado, dicha actividad sólo sea aún parcialmente previsible y, por tanto, no regulable de modo definitivo en términos de hechos y consecuencias jurídicas. Por eso predomina aquí un tipo normativo diferente del que es propio de la Administración protectora frente a la intervención. Las normas que establecen objetivos ocupan el lugar de los programas condicionales clásicos; por otra parte, la norma ha de dejar abiertos tanto la vía de aproximación al fin como los medios requeridos para ello. En consecuencia, la Administración se controla en gran parte a sí misma. El resultado de su actividad ya no se anticipa, por lo general, en un programa normativo, sino que se establece

mediante procesos administrativos de decisión. Cuando esto ocurre, las leyes dejan un déficit de protección material de los derechos fundamentales que sólo es posible compensar procedimentalizando la protección de aquéllos y trasladando ésta al procedimiento administrativo de decisión. De ello resulta la extensión de la protección otorgada por los derechos fundamentales a todo procedimiento administrativo cuyo resultado pueda conducir a perjuicios para aquéllos<sup>12</sup>.

La expansión de la validez de los derechos fundamentales en términos jurídico-objetivos no se explica como un imperialismo de la disciplina jurídico-constitucional ni como una moda pasajera: todo incremento de la importancia de los derechos fundamentales se constituye, más bien, como reacción al cambio de las condiciones de realización de la libertad individual y, por tanto, no se debe a la casualidad sino a la necesidad. El contenido jurídico-objetivo se muestra como el elemento propiamente dinámico del orden jurídico, que cuida de su acomodación al cambio de las circunstancias. Sin el incremento de validez de los derechos fundamentales en clave jurídico-objetiva, se abriría un vacío entre la amenaza actual a la libertad y la protección jurídica de ésta que reduciría considerablemente el alcance de los derechos fundamentales. En este contexto, las nuevas funciones de tales derechos encuentran su respaldo dogmático en el deber de protección. Aunque este último aparezca, en la sucesión de despliegues históricos, junto a otras plasmaciones del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales, desde el punto de vista sistemático se revela como el concepto central de aquéllos. Todos los otros componentes jurídico-objetivos de los derechos fundamentales no representan sino acuñaciones particulares del deber de protección, el cual obliga primariamente al legislador sin que necesariamente haya de corresponderle una habilitación subjetiva. El legislador cumple con el deber de protección, en función de la situación de amenaza, mediante el derecho material, es decir, derecho regulativo o derecho prestacional, o mediante el derecho procedimental, esto es, derecho organizativo o procesal. No obstante, en casos extremos el deber jurídico-objetivo de actuación del legislador puede condensarse en preensiones jurídico-subjetivas, que se cumplen de manera directa a través de la Administración y los tribunales de justicia<sup>13</sup>.

11. Véase W. Krebs, *Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes*, *Jura*, 1979, p. 304; J. Pietzcker, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *Jus*, 1979, p. 710.

12. Véase H. Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, Baden-Baden, 1981; H. Behge, «Grundrechtserwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», *NWZ*, 1982; D. Grimm, «Verfahrensfehler als Grundrechtserwässer», *NWZ*, 1985, p. 865.

13. Véase los ejemplos recogidos por R. Breuer, «Grundrechte als Anspruchsnormen», en *Festsig. Bundesverwaltungsgericht*, München, 1978, p. 89.

#### IV. POSIBILIDAD DE CONCEBIR EN TÉRMINOS DE PRESTACIÓN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NEGATIVOS

A diferencia de la vieja crítica de la función jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, la nueva no niega, en su mayor parte, la necesidad de extender la protección de éstos a las nuevas circunstancias de realización de la libertad, si bien pretende que dicha protección se desarrolle dogmáticamente a partir de la función negativa de los derechos fundamentales, es decir, sin merma de la racionalidad y certeza exigibles. Comprobar que esto resulta posible exige reconocer previamente la diferencia básica existente entre los derechos fundamentales en su cualidad de derechos subjetivos y de principios objetivos. En su significado negativo, los derechos fundamentales se ajustan a la defensa contra intervenciones: una intervención (así es como se define) presupone siempre un hacer por parte del Estado. Por tanto, la defensa contra la intervención sólo puede entrar en acción allí donde el Estado ha actuado, aun cuando no estuviera autorizado por razón de un derecho fundamental. Sucede lo contrario en aquellos problemas que han reactivado la función jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, de modo característico, la inactividad estatal allí donde la actividad estuviera impuesta en interés de la libertad jurídico-fundamental. Esto agudiza la cuestión de si los deberes de actuación del Estado que derivan del deber de protección son accesibles a la dogmática protectora frente a la intervención y a los esquemas de control desarrollados por ella.

No cabe una única respuesta<sup>14</sup>. Sólo es claramente imposible aplicar la dogmática de la intervención allí donde el Estado ha permanecido del todo inactivo. Sin embargo, hay que distinguir de la inactividad aquellos casos en los cuales el Estado ha estado realmente activo, pero su actividad ha consistido en negarse a cumplir una exigencia de prestación planteada o en anular una intervención precedente. Si de prestación solicitada un permiso de residencia y no le es concedido, un extranjero solicita un permiso de residencia y no le es concedido, la desestimación puede interpretarse como intervención; si el afectado pone en marcha la defensa jurídico-fundamental contra la intervención, por ejemplo apelando a la protección del matrimonio y la familia, esto conduce, en el caso de que la obtenga, a anular la decisión desestimatoria. Por tanto, aunque no posea permiso de residencia, consta que la desestimación era inconstitucional; luego, *de facto*, consiguiera su pretensión. Algo semejante sucede cuando el legislador elimina la protección jurídico-penal de la vida del no nacido. No hay

14. Véase G. Lübbe-Wolff, «Die Grundrechte...», cit., para un análisis profundo.

aquí, desde luego, intervención alguna en sentido clásico: el Estado no mata por sí mismo ni ordena a un tercero que cause la muerte. No obstante, la abolición de la punibilidad puede interpretarse como intervención en el derecho a la vida del no nacido. Si ésta es declarada inconstitucional, resulta posible ver en este punto una restitución de la antigua norma protectora. El objetivo se logra también en este caso.

Aun cuando en ambos casos no se trata propiamente de pretensiones de omisión sino de pretensiones de actuación conforme a los derechos fundamentales (dirigidas en un caso a un acto de la Administración y en otro a una ley), es posible operar con la dogmática de la intervención. Hay que dejar claro que, como pretensión de detención, aquellas no suelen cumplir los requerimientos positivos, sino que sólo pueden dar lugar a una situación equivalente. Este es el caso cuando, o bien entra en acción la libertad natural de actuar tras la anulación del acto estatal contrario a los derechos fundamentales (y, por tanto, el disfrute de éstos es precisamente la consecuencia de la inactividad estatal), o bien continúa existiendo una protección ya establecida tras la anulación de la dogmática de la intervención a los la. Que, pese a la transmisión de la dogmática de la intervención, los casos de pretensiones positivas, ésta tiene en sí algo de coactivo, lo demuestra la prueba de la proporcionalidad, que forma parte de la imprescindible estabilidad de dicha dogmática. Cuando la «intervención» consiste en que el Estado ha negado o suprimido los mínimos exigibles en materia de derechos fundamentales, la cuestión de si cabe utilizar medios menos agresivos cae siempre en el vacío.

Pero hay también una serie de constataciones de casos, fuera de la pura omisión, en los cuales la protección negativa de los derechos fundamentales tropieza, de entrada, con los límites de su ejecución. Si la solicitud por parte de un bachiller de una plaza universitaria es rechazada, el rechazo, igual que en el caso del permiso de residencia, se podría interpretar como una intervención. Si el interesado pone en marcha la protección negativa de los derechos fundamentales y tiene éxito en su impugnación, entonces consta que su rechazo era inconstitucional; no obstante, nada consiguiera con ello en lo tocante al disfrute de una plaza universitaria. No parece que pueda negarse el carácter de intervención a la negativa a conceder audiencia en el procedimiento de autorización al vecino de una finca central nuclear. Si éste hace frente con éxito a la omisión interponiendo una demanda de protección contra la intervención, la inconstitucionalidad de dicha omisión se hace patente, pero no le permite conseguir la audiencia misma mediante la protección negativa de los derechos fun-

damentales. La diferencia con respecto a los casos ya discutidos estriba en que el resultado que se pretende no es ya la consecuencia de una omisión del Estado. De estos ejemplos se puede extraer la conclusión de que allí donde se elimina la intervención y la libertad natural de actuar no reaparece, el derecho fundamental reclamado únicamente puede defenderse mediante una prestación previa por parte del Estado y la protección negativa de los derechos fundamentales resulta inaplicable.

El consejo de limitarse, en interés de una interpretación racional de la constitución, a la protección negativa de los derechos fundamentales tiene, pues, un precio. En ocasiones, no es posible abordar los casos de omisión estatal desde el punto de vista de los derechos fundamentales; en otras, todos los ámbitos sociales en los cuales la libertad asegurada mediante derechos fundamentales no puede ya ser defendida de manera natural por los particulares, sino que depende de prestaciones previas de carácter público, caen fuera de la protección del derecho fundamental. Esto avalaría el aumento de racionalidad prometido, siempre que se pudiera pasar por alto el hecho de que se trata, además, de zonas marginales y de escasa importancia dentro la esfera de la libre actuación individual. Pero no puede ser ésta la cuestión. En vista de la progresiva artificialidad de la vida y de la creciente dependencia de los particulares de las facilidades positivas que se les dan para usar su libertad, la protección de los derechos fundamentales amenaza más bien con restringirse a zonas residuales dentro del desarrollo natural. Por el contrario, en los ámbitos más relevantes de la vida social a efectos del desarrollo de la personalidad y la defensa de las oportunidades vitales, la protección de los derechos fundamentales se suspende. Al final, los derechos fundamentales no combaten ya sino los riesgos para la libertad, comparativamente fútiles, de su época originaria, mientras que las amenazas a la libertad, más graves, que son propias de la era científico-técnica no encuentran ya respuesta alguna desde el punto de vista de los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

#### V. UNA SALIDA

Parece, pues, que no resta otra elección que limitar la protección de los derechos fundamentales a los casos de menor importancia o con-

15. Véase D. Grimm, «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en *id.*, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991, p. 197.

formarse con pérdidas de racionalidad o de seguridad jurídica. Ciertamente, antes de decidir entre estas opciones es preciso determinar con mayor detalle la pérdida a la que nos hemos referido<sup>16</sup>. Al respecto, se recurre una vez más a la diferencia básica entre los derechos fundamentales como derechos de defensa contra la intervención y como deberes de actuación<sup>17</sup>. Una intervención en un derecho fundamental consiste siempre en un hacer del Estado. Un hacer, sin embargo, se caracteriza porque se define por sí mismo. Si resulta ser anticonstitucional, entonces existe una actuación contraria constitucionalmente definida: la anulación del acto. Ciertamente, también aquí son posibles incertidumbres: por ejemplo, si existe una intervención y ésta se interpreta como infracción. Sin embargo, no nos hallamos sino ante la incertidumbre sobre los presupuestos de la consecuencia jurídica que se da en toda aplicación del derecho, pues la consecuencia jurídica ca misma consta de forma indubitante; en cambio, la omisión estatal se muestra como una conducta inespecífica. Cuando dicha omisión resulta inconstitucional, tampoco existe una actuación contraria constitucionalmente definida, sino sólo una multitud de opciones conformes a la constitución. Por tanto, los derechos fundamentales como deberes positivos de actuación no determinan, por principio, de forma jurídico-fundamental la consecuencia jurídica de la inaplicación anticonstitucional de un deber de protección.

En estas circunstancias, podría encontrarse una salida limitando la sentencia judicial a la constatación del deber estatal de actuación y dejando al legislador el modo de cumplirlo; no obstante, habría aquí una reducción precipitada del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales. Éstos tampoco están, como principios objetivos, plenamente vacíos de contenido. No se limitan a reclamar que algo ocurra, más bien proporcionan la dirección de la actividad estatal y encierran un mínimo de contenido objetivo. Como medio de determinación de este mínimo, puede servir la cuestión de a falta de qué prestación o disposición estatal los derechos fundamentales resultarían enteramente «indigentes» para su titular<sup>18</sup>. El mínimo así

16. Sería una equivocación buscar la pérdida sólo en la interpretación jurídico-objetiva de los derechos fundamentales. En la protección contra la intervención, la prueba de la proporcionalidad en sentido estricto (probabilidad) conduce asimismo a pérdidas de certeza. Por esa razón, Schlink, *EuGRZ*, 1984, pp. 461 ss., es consecuente al exigir la renuncia de la prueba de razonabilidad.

17. Véase G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte...*, cit., pp. 37 ss.; además R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, pp. 395 ss. [trad. cast. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997].

18. Véase R. Breuer, «Grundrechte...», cit.

comprobable no sólo es facilitado por los derechos fundamentales o favorable a éstos, sino indispensable para ellos. La ley, al positivar directamente dicho mínimo indispensable, actúa de modo no constitutivo, sino declaratorio. De lo que se sigue que, en caso de omisión del legislador, la Administración o los tribunales de justicia han de conceder directamente el mínimo de los derechos fundamentales. Ciertamente están, además, limitados de modo estricto a ese mínimo; la justificación de pretensiones que lo excedan corresponde sólo al legislador. Esto no puede ya ser de otra manera porque las prestaciones, al contrario que la omisión, son escasas y el establecimiento de prioridades en el reparto de recursos en condiciones de escasez no está ya señalado por los derechos fundamentales.

Sin embargo, hay casos en los cuales coinciden el mínimo y el óptimo en materia de derechos fundamentales. Como ejemplo, puede valer el de las plazas universitarias. El Tribunal Constitucional federal ha derivado de los derechos fundamentales un derecho fundamental a la plaza de estudiante universitario cuando existen condiciones para el acceso a la universidad<sup>19</sup>; no obstante, en la República Federal la mitad de los solicitantes habían de ser periódicamente rechazados por la Facultad de Medicina. Por tanto, no se trataba de un déficit concreto en materia de derechos fundamentales, susceptible de ser cubierto sin una notable carga presupuestaria, sino de una situación deficitaria de todo un ámbito social, cuyo remedio requería gastos extraordinariamente elevados<sup>20</sup>. Tampoco era posible poner fin a este aprieto, como en el caso de las prestaciones dinerarias, mediante reducciones parciales. Si en tales circunstancias la pretensión de los participantes fuera concedida por la vía judicial, la decisión seguiría careciendo de consecuencias por falta de recursos o bien tendría que abrir súbitamente, en caso de que prosperara, un déficit en otros ámbitos de los derechos fundamentales. Por ello, el Tribunal Constitucional federal se vio forzado a reducir nuevamente la pretensión, situándola bajo la «reserva de lo posible, en el sentido de aquello que los particulares pueden exigir razonablemente de la sociedad»: en términos jurídicos, una suerte de prueba de proporcionalidad al revés. Se pregunta si al Estado le es exigible el cumplimiento de su deber de protección teniendo en cuenta otros derechos fundamentales.

Como resultado se puede apuntar lo siguiente: la alternativa entre la limitación de la protección de los derechos fundamentales a su

faceta negativa y la indiferencia de la interpretación de los derechos fundamentales no se plantea de forma tan aguda como suponen los críticos. Haciendo balance, unos consideran más importante el escaso poder de determinación de los derechos fundamentales como derechos objetivos y otros ven como más significativas las modernas amenazas a la libertad que desbordan el control jurídico-fundamental. Si se tiene en cuenta esta circunstancia, la decisión no es fácil. Como se ha mostrado, es el componente jurídico-objetivo de los derechos fundamentales el que, a modo de principio dinámico instalado en el orden jurídico, mantiene abierto el derecho a los cambios sociales e impulsa una optimización de la libertad en función de las situaciones cambiantes. Ciertamente, dicha optimización puede también desprenderse de una decisión política, sin el énfasis en los deberes de actuación que se deriva de los derechos fundamentales. Sin embargo, éstos actuarían entonces sólo como correctivo, no ya como motor de la organización política, acogiendo por igual cualquier política, por escasamente optimizadora que sea. Por el contrario, en lo que se refiere a su precaria determinación parece que aún no se ha dicho la última palabra. La dogmática de los derechos fundamentales se ajusta aquí a la tarea de preparar el mínimo imprescindible de contenido positivo para cualquier derecho fundamental concreto: el mínimo que forma, a la vez, el límite de la interpretabilidad de los componentes jurídico-objetivos de los derechos fundamentales, así como de los límites competenciales entre política y justicia. Esto reduciría al mínimo el riesgo de discrecionalidad en la interpretación.

[Traducción de Raúl Sanz Burgos]

19. *BVerfGE* 33, p. 303.

20. Véanse F. Müller, *Juristische Methodik und politisches System*, Berlin, 1976, pp. 28 ss.; D. Grimm, «Grundrechte und soziale Wirklichkeit», cit., pp. 69 ss.

## EL FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN

## I. CONDICIONES DE SU APARICIÓN

1. *El modelo social burgués*

El futuro de la constitución no parece dar motivos de inquietud. Surgida en el siglo XVIII como consecuencia de dos revoluciones triunfantes, combatida enconadamente en el XIX, en el siglo XX se ha implantado con carácter universal. En nuestros días, el número de estados que aún se gobiernan sin constitución es insignificante. Aunque esto no pueda llevarnos a la conclusión de que en todas partes se piensan seriamente en la constitución o de que se la toma en serio, es posible considerar su propagación universal como indicio del atractivo ejercido por la idea de que el poder político está necesitado de legitimación jurídico-constitucional y de que ha de ser ejercido sobre bases constitucionales si aspira a ser reconocido. La observancia de las exigencias que el derecho constitucional dirige al proceso político también se ha incrementado considerablemente gracias a la propagación de la jurisdicción constitucional en la segunda mitad del siglo XX. Por lo que respecta a Alemania, se puede decir que no existe constitución alguna que se haya situado en tan alta estima ni que haya imprimido, a través de la jurisprudencia constitucional, una huella tan persistente en la realidad política como la Ley Fundamental.

Pese a estos éxitos externos indiscutibles, aumentan los indicios que apuntan a una creciente debilidad interna de la constitución y suscitan dudas sobre si su capacidad de regular la política permanece incólume. Indicios que es fácil pasar por alto cuando nos ceñimos a

las actividades tradicionales del Estado, limitadas a la defensa del ordenamiento, a las que se referían en sus orígenes las regulaciones jurídico-constitucionales; pero que se hacen patentes de inmediato si se considera que las modernas actividades propias del Estado de bienestar no eran previsibles en los orígenes de la constitución. Ciertamente, esto no ha dejado de tenerse en cuenta en los intentos de ajustar la constitución a las transformaciones de la actividad estatal, pero su escaso éxito da pie a la pregunta de si la debilidad de la constitución en este ámbito se debe a un déficit de adaptación o si su causa estriba en que el derecho constitucional no representa un instrumento adecuado de implantación del Estado de bienestar y es, por tanto, incapaz de recuperar plenamente su fuerza normativa mediante reformas constitucionales o revisiones integrales<sup>1</sup>.

La constitución no es inmune a este vaciamiento interno, como no lo son el resto de reglas jurídicas. Hace sólo doscientos años que vio la luz como innovación histórica<sup>2</sup>, en circunstancias absolutamente determinadas, y del mismo modo podría desaparecer si dichas circunstancias desaparecen a su vez; en la historia del derecho hay mul-

1. La cuestión raramente se plantea, si bien la mayoría de los detalles son conocidos. Lo mismo puede decirse de los trabajos que se ocupan expresamente de la situación del Estado de derecho, véase, por ejemplo, P. Graf Kielmansegg, *Das Experiment der Freiheit. Zur gegenwärtigen Lage des demokratischen Verfassungsstaates*, Stuttgart, 1988; H. Oberreuter, *Beubehung und Herausforderung. Zum Verfassungsverständnis der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1989; J. Isensee, «Tut und Verfassung», en J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts I*, Heidelberg, 1987, p. 591; J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., 1980; P. Bastid, *L'idée de Constitution*, Paris, 1985; J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988. Con todo desempeña —si bien con un signo diferente del que se ha visto aquí— un importante papel en los escritos de E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971, espec. pp. 71 ss.; id., *Rechtsstaat im Wandel*, München, 1976, espec. pp. 25, 130, 175, 202; además G. Burdeau, «Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs», *Der Staat* 1 (1962), p. 389; hay también abundantes pruebas sobre la discrepancia de los problemas sociales y las soluciones constitucionales en N. Luhmann, «Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems», *Der Staat* 12 (1973), pp. 1 y 165; id., «Theoretische Orientierung der Politik», en *Soziologische Aufklärung* III, Opladen, 1981, p. 287.

2. Véase «Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno», *supra*, pp. 45-76. La toma de postura crítica, en el sentido de acentuar la continuidad, de T. Wirthberger, «An der Schwelle zum Verfassungsstaat: Aufklärung 3 (1988), p. 53, espec. cit. 6 y 75, no diferencia suficientemente entre *pensamiento constitucional* y *ley constitucional*. Pero incluso en la historia del concepto de *constitución* salta a la vista claramente la cesura (que, por supuesto, incluye continuidades); véase H. Mohlhaupt y D. Grimm, «Verfassungen», en O. Brunner, W. Conze y R. Koselleck (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe* VI, Stuttgart, 1990, p. 831; también mi contribución en este volumen: «El concepto de constitución en su desarrollo histórico», *supra*, pp. 107-152.

titud de ejemplos de fenómenos semejantes. De ahí que sea recomendable comenzar la pregunta sobre el futuro de la constitución cerciorándose de su origen. Conocer las condiciones a las cuales debe su aparición la constitución moderna nos permitirá comprobar si las transformaciones que se han producido en el interin se refieren precisamente a ellas; a partir de ahí, estaremos en disposición de explicar la debilidad del derecho constitucional frente al Estado de bienestar. Esto nos servirá incluso para un pronóstico fiable sobre si es posible, y en qué medida, mantener la eficacia de la constitución en circunstancias modificadas. Puesto que las condiciones de su aparición han sido analizadas en otro lugar<sup>3</sup>, baste aquí un resumen sucinto y referido a problemas de futuro.

Si lo consideramos desde la perspectiva más amplia, el nacimiento de la constitución está vinculado a la transición desde el orden social de tipo feudal estamental al liberal burgués. Por orden social burgués debe entenderse, en este contexto, un modelo basado en la aceptación de que la sociedad se halla en disposición de conseguir libre bienestar y la justicia por sí misma cuando puede desarrollarse libre de determinación exterior<sup>4</sup>. El medio que produciría este efecto era la libre actuación de la voluntad de individuos iguales en derechos, lo cual permitiría a los particulares, por un lado, formar de manera autónoma sus opiniones, definir por sí mismos sus intereses y ajustar su conducta en consecuencia; remitiéndolos por otra parte, para la satisfacción de sus necesidades, a la unificación de su voluntad con la de otros miembros igualmente libres de la sociedad, de lo cual se esperaba que resultara un equilibrio más justo, debido a la ausencia de coacción extrema. De este modo, no se excluían ni las diferencias sociales ni las necesidades individuales: permitidas en el sistema de libertad individual, todas ellas eran atribuidas al fracaso personal y, en tanto que tales, no injustas.

3. Véanse D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte* I, Frankfurt a.M. 1988, pp. 10 ss., y *supra*, pp. 45-76.

4. El *modelo*, y no la realidad de la sociedad burguesa, es lo que se halla en primer plano, porque las constituciones son diseñadas conforme a éste. Los esbozos de este modelo con vistas a su implantación jurídica pueden encontrarse, principalmente, en F. Weyacker, «Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzgeber und die Entwicklung der modernen Gesellschaft», en id., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a.M., 1974, p. 9; J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Barcelona, 1962, pp. 86 ss., 91 ss. [trad. cast. *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1982]; además D. Grimm, «Bürgerlichkeit im Recht», en J. Kocka (ed.), *Bürger und Bürgerlichkeit im 19. Jahrhundert*, Göttingen, 1987, p. 149 (reimp. en D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987, p. 11).

Con esta hipótesis de base, el modelo social burgués se situaba, en primer lugar, frente al orden social estamental-feudal, que descansaba sobre un ideal de bien común presupuesto y materialmente definido frente al cual el particular no podía exigir libertad alguna. Al contrario, por regla general a todos se les señalaba su lugar en la sociedad por razón de su nacimiento, lo que lo hacía inmodificable; un lugar sobre el cual se había de cumplir una función social determinada por condiciones dadas de antemano. El *status* jurídico del particular no se anulaba, por lo tanto, en torno a la persona, sino a la pertenencia al estamento y, en consecuencia, no se definía en función de la igualdad, sino precisamente por su ausencia. El modelo social burgués se dirigía, en segundo lugar, contra el Estado príncipesco de tipo absoluto, que ostentaba, en virtud de un derecho divino o procedente de sí mismo, un poder público no derivado del consenso social y que, en virtud de un conocimiento superior del bien común, recababa para sí la competencia de determinar tanto el orden social como el modo de vida individual hasta en sus menores detalles y realizarlos con plenitud de poderes.

El orden social burgués, por el contrario, no entendía el bien común como un criterio material previamente dado al cual había de ajustarse la totalidad de la vida social, sino como un resultado, abierto en cuanto a su contenido, de la cooperación de conductas voluntarias, libres e individuales. El problema de la justicia podía así formularse: era posible solucionarlo renunciando a las exigencias materiales de comportamiento y haciendo posible la autonomía individual<sup>5</sup>. La consecuencia más importante de esta inversión de los términos fue que los distintos ámbitos funcionales de la sociedad (fundamentalmente los económicos, pero no menos los culturales) fueron liberados del control político y entregados al del mercado, bajo el cual pudieron desarrollarse mediante decisiones individuales de voluntad que seguían sus propios criterios de racionalidad. Esta autonomía, conseguida con la sustitución de la política por el mercado, fue considerada como garante de la justicia y el progreso, lo que hacía necesaria una ordenación esencialmente nueva de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la cual la moderna constitución debía jugar un papel decisivo.

5. Váase J. Habermas, «Naturrecht und Revolution», en *id.*, *Theorie und Praxis*, Neuwied, 1963, p. 52 [trad. *caso. Teoría y praxis*, Barcelona, 1995]; N. Luhmann, «Zur Funktion der 'subjektiven Rechte'», en *id.*, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a.M., 1981, p. 360; *id.*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 2, Frankfurt a.M., 1981, p. 45; D. Grimm, «Bürgerlichkeit...», cit.

## 2. La función del Estado

Para la comprensión de este papel, resulta importante entender que en modo alguno la capacidad de autogobierno de la sociedad hizo superfluo al Estado. Esto está relacionado con la tendencia al desajuste de un sistema que pretende conseguir el bien común por encima de la libertad individual: en tal sistema no es posible excluir que miembros concretos de la sociedad utilicen su libertad para lesionar la libertad igual de otros, anulando de este modo los mecanismos de autogobierno social. Lo que hace necesario, por una parte, delimitar las esferas de libertad de unos individuos respecto a otros y asegurar los límites frente a infracciones; por otra, abrir las posibilidades de cooperación y garantizar el cumplimiento de las obligaciones voluntariamente contraídas. Pero estos presupuestos de su autodeterminación no pueden ser garantizados por sus propias fuerzas por una sociedad que se resuelve en individuos sin vínculos entre sí, liberados a la persecución de sus propios intereses; dicha sociedad, despojada de toda competencia de gobierno, ha de reconstruirse más bien desde fuera de sí misma y hacerlo, precisamente, bajo la forma de Estado<sup>6</sup>.

Pero el Estado, entendido de este modo, se diferenciaba fundamentalmente del Estado príncipesco absoluto por su legitimación y su función. Hubo de abandonar la posición dominante que había ostentado bajo las condiciones de un bien común fijado materialmente e impuesto a todos. La sociedad, capacitada por su propio esfuerzo para el bienestar y la justicia, reclamaba ahora la primacía, mientras que el Estado debía ocupar una posición subordinada, derivada de ella. Desde el punto de vista teórico, era concebible un Estado que surgiese como creación social de finalidad, sobre todo desde que la vieja idea de la institución divina del poder político perdiera su fuerza de convicción tras el cisma religioso, cediendo ante la doctrina del contrato estatal. Pero esta doctrina, desarrollada bajo la presión de las guerras civiles de religión, que habían despertado el anhelo de un poder pacificador absoluto, no sirvió inicialmente sino para aumentar el poder del príncipe; sólo la eliminación del poder hereditario del Estado por las revoluciones burguesas puso las bases de una reconstrucción del ordenamiento político de carácter sistemático y basada en el consenso social.

La sustitución del poder estatal no consensual y autolegitimado por otro basado en el consenso y legitimado por los súbditos desembocó directamente en un acto constituyente. La ruptura revolucionaria

6. Véase N. Luhmann, «Politische Verfassungen...», cit., p. 5.

ria con el poder hereditario del Estado, tal y como se consumó en Norteamérica y Francia, resultó determinante para las constituciones modernas. Pero el acto de constitución no puede equipararse a la constitución misma. También el poder derivado y fundado en el consenso social puede concebirse de modo ilimitado, como habían demostrado las viejas doctrinas del contrato estatal con su justificación del poder absoluto del príncipe; mas el poder absoluto, ya se fundamente de forma originaria o derivada, no se compadece con la regulación jurídico-constitucional, precisamente porque excluye la participación del poder del Estado en distintos titulares y la vinculación de su ejercicio a determinados principios o procedimientos. Antes bien, el soberano no está sujeto en sus decisiones a limitación jurídica alguna: el Estado de derecho se limita a la declaración de su omnipotencia y a la regulación de su sucesión.

De ahí que la constitución sólo se viera apremiada por la necesidad de establecer un poder político consensual merced a la seguridad de las transformaciones de la función del Estado. Bajo las premisas burguesas de la capacidad de autogobierno de la sociedad, el Estado perdió la responsabilidad integral sobre la buena conducta individual y la justicia social de que había hecho uso hasta entonces. En lo sucesivo, la plena determinación de los fines y las decisiones sobre preferencias, lo mismo en el ámbito social que en el económico o cultural, cayeron en la esfera de la autonomía social y fueron toleradas por el Estado. Éste se reservó únicamente la tarea que la sociedad no era capaz de llevar a cabo por sus propios medios: la defensa frente a los peligros para la libertad que perturbaban el libre juego de las fuerzas sociales, garante del bien común. Por tanto, la finalidad del Estado implantado por la sociedad burguesa se redujo, abandonada ya la función de asistencia social, a la prestación de seguridad exterior e interior. En este reparto de tareas es en el que se piensa al decir que el orden burgués requiere el concepto de «separación del Estado y la sociedad»<sup>7</sup>.

Ciertamente, tal separación de Estado y sociedad modificó el inventario de las tareas estatales, si bien el medio para salvaguardarlas no se vio afectado por dicha modificación. Asimismo, la función res-

tringida de defensa frente a las amenazas a la libertad no resultaba factible sino mediante un poder coactivo, que incluso había de ser monopolizado por el Estado, puesto que todo poder jurídico interno a la sociedad habría roto la libertad de los sujetos sociales y bloqueado el mecanismo de autogobierno. De ahí que la revolución burguesa no eliminara la soberanía en el ámbito interior, tal como se había desarrollado desde el siglo XVI como una característica del Estado moderno que lo diferenciaba del orden medieval del poder<sup>8</sup>. La Revolución, por el contrario, concluyó el proceso de formación de la soberanía al transferir al Estado los derechos de dominación que en el absolutismo pertenecían aún a la nobleza y el clero; pero, a la vez, cambió el titular de la soberanía situando al pueblo en el lugar del monarca. La posesión y el ejercicio del poder de dominación, lejos de encontrarse en una sola mano, se disgregaron en lo sucesivo.

Esta disociación, así como el principio de distribución insiro en la separación de Estado y sociedad, que atribuía la libertad a la sociedad y el sometimiento al Estado<sup>9</sup>, situaba a la sociedad burguesa ante un problema de regulación desconocido para las sociedades antiguas: para la Edad Media, porque su poder —aún no especializado funcionalmente en lo político y repartido, tanto espacial como materialmente, entre gran número de titulares autónomos— no era en absoluto capaz de una regulación especial al respecto; para el Estado principesco moderno, puesto que como soberano el príncipe poseía, ciertamente, la capacidad de regular, mas su carácter absoluto lo hacía innecesario. Frente a esto, ahora los ámbitos funcionales del Estado y la sociedad (separados al entrar en vigor las premisas del autogobierno, pero no obstante instalados uno sobre el otro) habrían de llegar a reunirse de modo que, por una parte, se ponía en manos del Estado todos los medios necesarios para llevar a cabo su función de garantía de la libertad individual y la autonomía de la sociedad y, por otra, se le estorbaba la utilización de ésta, contra la libertad, para sus propios fines de gobierno<sup>10</sup>.

7. Al respecto, véanse E.-W. Böckenförde (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976; D. Suhr, «Staat – Gesellschaft – Verfassung: Der Staat 17 (1978)», p. 369; N. Luhmann, «Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en *Id.*, *Soziologische Aufklärung IV*, Opladen 1987, p. 67; D. Grimm, «Der Staat in der kontinental-europäischen Tradition», en *Id.*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 53; E.-W. Böckenförde, «Staat und Gesellschaft», en *Staatslexikon V*, Freiburg Br., 1989, cspec. p. 228.

8. Véanse O. Brunner, *Land und Herrschaft*, Darmstadt, 1970, pp. 111 ss.; H. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Frankfurt a.M., 1970; *Id.*, *Souveränität*, Berlin, 1986; D. Grimm, «Der Staat...», cit.

9. Véase C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München, 1928, p. 126 [trad. cast. *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2003].

10. Véanse sobre la posibilidad de constitucionalizar (Konstitutionalisieren) H. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, cit., p. 184; N. Luhmann, «Theoretische Orientierung...», cit., p. 288; E.-W. Böckenförde, «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en *Festschrift für Rudolf Grimm*, Bielefeld, 1983, p. 7; D. Grimm, «Condiciones y consecuencias...», *supra*, pp. 50 ss.; sobre la necesidad de

### 3. *El significado de la constitución*

El problema así planteado encontró justamente en el derecho constitucional su solución adecuada<sup>11</sup>. Puesto que la sociedad burguesa necesitaba al Estado exclusivamente como garante de su libertad, la tarea consistió, por una parte, en constreñirlo a esta función y, por otra, en establecer una organización que lo vinculaba a realizarla en interés del pueblo y excluía al máximo la transgresión de los límites. En ambos casos no se trataba de fijar al Estado a un determinado fin material ni de imponerle obligaciones de actuar sino, por el contrario, de delimitar y canalizar su actividad. Visto de este modo, se puede designar la tarea de regulación como de tipo formal; es precisamente en la solución de tareas formales donde despliega el derecho su racionalidad característica. En ella no sólo alcanza un poder de determinación relativamente elevado, sino que la realización de la norma tampoco encuentra dificultades específicas. El cumplimiento de las normas prohibitivas, de organización y procedimentales es, en gran parte, cuestión de voluntad. Cuando hay infracciones, pueden resolverse en el sistema jurídico mismo, particularmente mediante la anulación de los actos antijurídicos.

Las particularidades derivan exclusivamente de que los destinatarios de las normas no son en este caso los particulares, sino el Estado: es decir, cualquier instancia destinada a la creación e imposición del derecho y, en consecuencia, dotada de poder soberano. De ahí que la tarea, no resoluble mediante la ley producida por los órganos del Estado, requiera más bien un derecho situado por encima de la ley. Por tanto, el ordenamiento jurídico se disoció en dos partes: una surgida de la sociedad y que vinculaba al Estado y otra surgida del Estado que vinculaba a la sociedad. La primera de ellas precedía claramente en categoría a la segunda, puesto que confería la competencia para decisiones colectivamente obligatorias, prescribía las condiciones de su juridicidad y hacía depender su vinculatoriedad de la observación de estas condiciones<sup>12</sup>. Esto no describe otra cosa que la constitución

moderna, que regula, como suma de normas fundamentadoras, la organización y el ejercicio del poder del Estado y que es, por tanto, necesariamente superior a todas las normas derivadas de ella.

La constitución resolvió este cometido marcando el ámbito en el cual la sociedad disfrutaba de autonomía y, por tanto, otorgando competencia no a la voluntad del Estado, sino a las decisiones voluntarias de los particulares. Ésta fue la función de los derechos fundamentales. Considerados en relación al Estado, representaban limitaciones de actuar; en relación a los particulares, pretensiones de omisión. Sin embargo, dada la amenaza que toda libertad individual conlleva para la libertad ajena, la limitación del Estado originada por los derechos fundamentales no podía ser absoluta en modo alguno. Más bien el Estado había de poder actuar con todos sus medios, incluso en el ámbito de los derechos fundamentales, cuando resultara necesario para proteger la libertad. Sin embargo, en vista de la decisión fundamental en favor de la libertad individual, esta actividad se convirtió en «intervención»<sup>13</sup>. Aunque el interés de la libertad la hacía irrenunciable, la intervención estatal constituyó la más poderosa amenaza a la esfera individual protegida por los derechos fundamentales, puesto que no podía descartarse que los gobernantes la utilizaran para fines distintos de la salvaguarda de la libertad. Por eso, toda la parte organizativa de la constitución gira en torno a la desactivación del riesgo latente en la intervención: está referida a la intervención. Las intervenciones en materia de derechos fundamentales sólo le son permitidas al Estado cuando hay fundamentos legales. Puesto que las leyes sólo pueden emanar de la representación del pueblo surgida de elecciones libres, el parlamento, éste actúa como eslabón entre el Estado y la sociedad. En la ley, tras la discusión pública ante el electorado, se determinan de forma general y abstracta los límites de la libertad individual y se autoriza al Estado para que la defienda en casos concretos, haciendo entrar en acción sus medios coercitivos. La Administración estatal está vinculada por el programa legal de actuación. Tribunales independientes pueden, a iniciativa de los interesados, revisar si una intervención se ha acento o no al programa legal y están autorizados, en caso de infracción, a anular el acto administrativo y a indemnizar a los afectados por los perjuicios sufridos. Democracia, Estado de derecho y división de poderes flanquean,

regulación en el sistema burgués, véanse N. Luhmann, *Politische Verfassungen*, cit., pp. 3 ss.; D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 26 ss.

11. Véanse N. Luhmann, «Politische Verfassungen...», cit., p. 1; id., «Theoretische Orientierung...», cit., p. 289; D. Grimm, «Bürgerlichkeit...», cit., pp. 159 ss.; id., «Conditiones y consecuencias...», *supra*, p. 59; id., *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 29 ss.

12. Véanse E. Zwegg, *Die Lehre vom Pouvoir constituant*, Tübingen, 1909; N. Luhmann, «Staat und Politik», en id., *Soziologische Aufklärung IV*, cit., p. 74; D. Grimm, «Constitution», *supra*, pp. 27-43; R. Wahl, «Der Vorrang der Verfassung: Der Staat 20 (1981)», p. 485.

de este modo, la protección sustancial de los derechos fundamentales y estabilizan la disociación existente entre Estado y sociedad.

La ley se convierte así en el eje de todo el sistema<sup>14</sup>. El éxito del modelo de ordenamiento depende, por tanto, de la aptitud de la ley emanada del parlamento para vincular la actividad del Estado. Aquí ella es acorde con el modo característico de la actividad estatal, la cual, vinculada por un ordenamiento supuestamente procedente del libre juego de las fuerzas sociales, se había limitado a protegerlas contra interferencias o a restablecer dicho juego tras una interferencia sobrevenida. Sin embargo, el Estado se había retirado precisamente de la tarea de salvaguardia del ordenamiento. Al contrario que la tarea de crearlo, la de defenderlo contra la determinación legal resulta sencilla. La norma puede concretar en su tipo, de manera relativamente precisa y definitiva, lo que ha de considerarse como perturbación del ordenamiento y determinar en la consecuencia jurídica qué reacción ha de adoptar el Estado en vista de las circunstancias de hecho. El contrato del Estado con la sociedad se limita en este sistema a los casos legalmente previstos; por tanto, las posibles amenazas se combaten a través del Estado y la protección contra él por medios legales.

Según esto, la constitución se distingue de los antiguos vínculos jurídicos del poder político, que en modo alguno habían sido extraños al absolutismo<sup>15</sup>. Allí donde éstos habían limitado a otros vínculos jurídicos también emanados del poder estatal (preexistente e independiente de ellos) en favor de casos particulares o de grupos concretos, la constitución moderna vindicó una pretensión reguladora fundamental y completa. Esto no puede entenderse como si en

14. Véanse C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 138 ss.; F. Neumann, «Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft», en *Id., Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt a.M., 1967, p. 31; D. Jesch, *Gesetz...*, cit.; E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, 1981; C. Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1970; R. Grawert, «Gesetz», en *Der Gesetzliche Grundbegriffe*, cit., Stuttgart, 1975, pp. 899 ss.; I. Maus, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en *Id., Rechtslehre und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, 1986, p. 277.

15. Véanse R. Vierhaus (ed.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentallgesetze*, Göttingen, 1977; H. Mohlhaupt, *Verfassung I*, cit.; *Id.*, «Die Lehre von der Lex fundamentalis» und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien», en *Id.*, *Der Durchbruch des Verfassungsgedankens im 18. Jahrhundert: Schwäbischer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte II* (1953), p. 108; H. Hofmann, «Zur Idee des Staatsgesetzmäßigens», en *Id.*, *Recht - Politik - Verfassung*, Frankfurt a.M., 1986, p. 261; G. Dichter, «Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz», *Der Staat* 27 (1938), p. 161; D. Grimm, «Conditioes y consecuencias...», *supra*, p. 48.

adelante hubiera sido necesaria una cobertura jurídico-constitucional para todo poder político o en toda iniciativa política. La pretensión reguladora general significa más bien que todo titular de un poder público precisaría de una legitimación constitucional y que el titular extraconstitucional de derechos de soberanía no sería ya tolerado; además, que toda decisión estatal habría de recorrer las vías jurídico-constitucionalmente previstas antes de poder reclamar que se la tuviera en consideración. Aunque esto no zanjaba el problema del poder, evitaba la posibilidad de que se justificase una transformación arbitraria del poder en derecho.

## II. TRANSFORMACIONES

### 1. Fallos del mercado

Si profundizamos en estas reflexiones, obtendremos tres presupuestos del surgimiento de la constitución moderna. En primer lugar era necesario un poder público unitario, especializado funcionalmente en la política, como posible objeto de regulación de una constitución. Sin embargo, sólo se desarrolló una necesidad de regulación de dicho objeto después de que el poder público dejara de ser válido de antemano y legitimado de modo trascendente o tradicional y su derecho de dominación pasara a derivar del consenso social y fuera ejercido por mandato de la sociedad. Con ello, la necesidad de regulación pudo cumplirse justamente en la forma de la constitución moderna; no obstante, se precisaba además un fin de la regulación referido primariamente a la limitación y organización del poder público, tareas todas ellas que encontraron en el derecho su solución adecuada. Al hacer la ley las veces de resorte central de gobierno, las tareas del Estado que aparecían como accesibles al gobierno de la ley se dieron definitivamente por supuestas. Por ello, las transformaciones sociales referidas a estas circunstancias no podían dejar intacta la constitución.

En el comienzo de las transformaciones se encuentra el hecho de que el modelo social burgués no fue capaz de cumplir sus promesas. Ciertamente, se acabó con las estructuras sociales feudal-estamentales, retardatarias del progreso y que eran experimentadas cada vez más como injustas; lo mismo ocurrió con la tutela a través del Estado absoluto. También tuvo lugar el despegue de la productividad económica antes referido; sin embargo, faltaba el justo equilibrio de intereses, igualmente prometido por el modelo social burgués. En su

lugar, y bajo el dominio de una autonomía privada que se basaba en los pilares de libertad de propiedad, de contratación y de transmisión hereditaria, se formaron límites de tipo económico entre clases, que dividieron la sociedad en poseedores y no poseedores. De este modo fueron posibles nuevas relaciones de dependencia y explotación, libremente estipuladas desde el punto de vista jurídico aunque forzadas desde el económico, sin que la pobreza basada en ellas pudiera atribuirse al fracaso individual. Y esta situación se produjo con independencia de la revolución industrial, que no la provocó, sino que se limitó a agudizarla.

De este modo se comprobó que el mecanismo del mercado no estaba en situación de crear el justo equilibrio de intereses en cualquier circunstancia o para cualquier mercancía.<sup>16</sup> Más hipotético de lo que se creía, el modelo social burgués dependía, además, de que la igual libertad jurídica se correspondiera con un equilibrio de fuerzas sociales aproximadamente equivalente, si se pretendía que la regulación de las relaciones sociales en términos de autonomía privada condujera a la justicia social. Pero en el comienzo de la sociedad burguesa no existía un equilibrio tal de fuerzas sociales, ni tampoco se habría mantenido bajo su lógica; lo cual, por cierto, no descreditaba el objetivo del ordenamiento, sino sólo el medio de su realización. La burguesía, lejos de reservarse la libertad para sí, la había proclamado universalmente; si esa pretensión universal había de cumplirse, la igual libertad, que en gran parte ya existía jurídicamente, había de establecerse de hecho. Lo cual requería, por una parte, que la defensa se hiciera extensiva a las amenazas sociales a la libertad y, por otra, una consolidación material de ésta que la hiciera utilizable en términos reales.

El problema de la justicia volvió así a materializarse. El bien común no podía ya hacerse pasar por una consecuencia automática de la libertad individual, sino que había de ser conseguido de forma activa, también en condiciones de libertad. Luego la libertad igual dependía de la delimitación de la autonomía privada y de la distribución de los bienes. Cierramente, tanto esta tarea como la del despegue de la productividad (en oposición a la de eliminación de los obstáculos feudales) resolverse mediante restricciones al Estado, sino únicamente utilizando el poder público. Por lo tanto, la postura defensiva contra el Estado (que se había generado como una reacción al absolutismo de los prí-

cipes) experimentó un cambio brusco, en vista de la experiencia de la revolución industrial, hacia una postura de pretensión frente al Estado. Se trataba de una reactivación de éste cuyo objetivo, por cierto (al contrario que el del absolutismo que le había precedido), no era la imposición de un bien común prefijado y materialmente definido, sino la realización de la libertad individual misma.

Análogos pretensiones se habían elevado ya a comienzos del siglo XIX, pero encontraron la oposición de la burguesía, que identificaba progresivamente la meta de la libertad igual individual con los medios de su realización: la limitación del Estado y la autonomía privada. Cuanto más se extendía el influjo burgués sobre el Estado, más insignificantes eran las perspectivas de corrección del sistema. El derecho al voto jugó en este contexto un papel decisivo (debido al desprecio de la soberanía popular en la que descansaba el orden político, dependiente casi sin excepción de criterios de propiedad o de formación), al excluir precisamente a los interesados en corregir el sistema de intervención en política. Hasta tal punto, que únicamente el establecimiento de la democracia con general e igual derecho al voto abrió la puerta a una reactivación del Estado. Por ello, desde el fin de la primera guerra mundial (aunque el origen se halla en los comienzos del XIX) se da una progresiva construcción del Estado y la actividad estatal que se traduce, ante todo, en la adquisición de nuevas tareas estatales, el desarrollo de nuevos medios para llevar a cabo esos cometidos y la aparición de nuevos actores políticos.<sup>17</sup>

## 2. Nuevas tareas: configuración social

El incremento de las tareas del Estado se halla en el primer plano de las transformaciones. Hasta la fecha se ha nutrido, sobre todo, de dos fuentes: la primera puede definirse con la palabra clave de la *inclusión*<sup>18</sup>, entendiendo por tal la inclusión de la totalidad de la

17. Véanse, por ejemplo, P. Flora (ed.), *Growth to Limits, The Western European Welfare States since World War II*, 3 vols., Berlín, 1986; id., *State, Economy and Society in Western Europe 1815-1975*, 2 vols., Frankfurt a.M., 1983-1987; P. Flora y A. J. Heidenheimer (eds.), *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, 1987; C. L. Taylor (ed.), *Why Governments Grow*, Beverly Hills, 1983; T. Elvén y R. Zoll, *Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1973; J. Kohl, *Staatsausgaben in Westeuropa*, Frankfurt a.M., 1985; N. Leineweber, *Das salutarie Wachstum der Staatsausgaben*, Göttingen, 1988; M. G. Schmitz, «Staatsstätigkeit»: PVS, Sonderheft 19 (1988); M. Söllers, «Die Entsehung des Interventionsstaats und das öffentliche Recht»: *Zschr. f. Neuere Rechtsgeschichte*, 1989, p. 129.

16. Véanse, entre otros, J. Habermas, *Strukturwandel*, cit., pp. 99 ss.; R. A. Musgrave, P. R. Musgrave y L. Kulmer, «Die ökonomischen Finanzen», en *Theorie und Praxis* 1, Tübingen, 1984.

población en las prestaciones de todos los sistemas sociales parciales. La ampliación de la actividad estatal en esta materia estaba, en sus comienzos, condicionada fundamentalmente por los costes sociales de la liberalización y la industrialización, de modo que poco a poco se desprendió de las cuestiones sociales del siglo XIX abarcando, entre tanto, a toda forma imaginable de discriminación de personas o grupos, sin tropezar por ello con límites inmanentes. La segunda fuente se halla en la *diferenciación* incesante de las estructuras y funciones sociales, que por una parte acrecienta considerablemente el progreso social a la vez que, por otra, incrementa enormemente su predisposición a sufrir perturbaciones<sup>19</sup>. Resulta particularmente problemática esa característica de los sistemas parciales altamente especializados que consiste en combinar una elevada sensibilidad para los asuntos propios con una considerable indiferencia hacia todo lo extraño. También en este aspecto el Estado se ve obligado a actuar cada vez más.

El fenómeno tiene un aspecto cuantitativo y otro cualitativo. En el primer sentido es posible, sin pretensión de conseguir una clasificación exacta por épocas o de trazar límites selectivos, distinguir tres etapas. En la primera, que pertenece aún al XIX, se presentaba, junto a la tarea ya establecida de defensa del ordenamiento, la de impedir abusos palmarios de la libertad económica; tarea que pudo resolverse, en lo esencial, limitando jurídicamente la autonomía privada. En la etapa siguiente, posterior a la primera guerra mundial, el Estado pasó a desempeñar tareas sustitutivas en caso de calamidades sociales y recesiones y, en particular, a asegurar las condiciones de vida más elementales de la población. Esto se llevó a cabo fundamentalmente mediante la intervención en el proceso económico y la organización del sistema estatal de prestaciones y servicios de abastecimiento. En una tercera y aún relativamente reciente etapa, el Estado se ha encargado, en fin, de la responsabilidad global de la estabilidad y el desarrollo de la sociedad en los aspectos social, económico y cultural, sirviéndose fundamentalmente de la planificación y regulación de los avances sociales.

La tendencia opuesta hacia la privatización de las tareas estatales no contribuye a equilibrar el incremento, pero sería posible que se intensificara en el futuro bajo la presión de las progresivas exigencias

25 ss.; R. Stichweh, «Inklusion in Funktionssysteme der modernen Gesellschaft», en R. Mayntz *et al.* (eds.), *Differenzierung und Verselbständigung: Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme*, Frankfurt a.M., 1988, p. 261.

19. Véanse, por ejemplo, N. Luhmann, *Rechtssoziologie I*, Reinbek, 1972, pp. 132 ss.; *id.*, *Politische Theorie...*, cit., pp. 19 ss.

financieras e instrumentales del Estado<sup>20</sup>. No obstante, es posible registrar un desplazamiento de los planos sobre los cuales se desempeñan las tareas públicas, desplazamiento vinculado al desarrollo técnico-económico, que conduce progresivamente a la dependencia internacional y reduce el número de los problemas que aún pueden resolverse en el ámbito nacional-estatal o por la vía de los tratados internacionales. Por eso los estados han procedido a trasladar una serie de tareas de naturaleza político-económica, político-tecnológica y político-militar a instituciones supranacionales, cedíéndoles a éstas el derecho de soberanía necesario para ello<sup>21</sup>. Por consiguiente, la mayoría de las veces los acuerdos de estas organizaciones son directamente obligatorios en los estados miembros sin necesidad de transformación ulterior alguna. Los estados pierden así derechos de soberanía sin que las instancias que los reciben, por su parte, hayan logrado ya la condición de Estado.

En sentido cualitativo, la transformación más importante reside en que la actividad del Estado, a consecuencia de la materialización del problema de la justicia, se separa de la vinculación a un orden social previamente dado, cuasinnatural, que el Estado ha protegido únicamente contra perturbaciones; en su lugar, es el orden social mismo el que es transformado y configurado por el Estado. Pues ni se puede llevar a cabo la pretensión de inclusión sin una permanente transformación de las condiciones de vida ya conseguidas y de la infraestructura social, o sin redistribución de la riqueza de la sociedad, ni es posible solucionar las consecuencias del progreso técnico-industrial sin transformar las condiciones generales de los sistemas sociales parciales o sin sobrecargar los costes financieros. En este aspecto el Estado está cada vez más apremiado, no sólo a reaccionar frente a desgracias o crisis, sino también a anticipar posibles errores y a sofocarlos, cuando aún son embrionarios, mediante contramedidas

20. A la abundante literatura sobre los fallos del mercado le ha seguido, entre tanto, una no menos copiosa sobre los fallos del Estado; véanse, por ejemplo, M. Jänicke, *Staatsversagen*, München/Zürich, 1986; H. C. Recktenwald, *Markt und Staat*, Göttingen, 1980; sobre este debate, véanse Ch. E. Lindblom, *Jenseits von Markt und Staat*, Frankfurt a.M., 1983. Sobre la privatización, véanse, por ejemplo, H. Brede (ed.), *Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft*, Baden-Baden, 1983; Th. Schmidt (ed.), *Existenzialismus*, Berlin, 1988; S. B. Kernerman y A. J. Kahn (eds.), *Privatization and the Welfare State*, Princeton, 1989; sobre el correspondiente asunto de la desregulación, véanse, por ejemplo, R. Voigt (ed.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt a.M., 1983; *id.* (ed.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, Opladen, 1983.

21. Véanse, por ejemplo, Chr. Tomuschat y R. Schmidt, «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen»: *WVDSRL* 36 (1978); G. Rass (ed.), *Souveränitätsverständnis in den europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, 1980.

temporanas. Se trata de una tarea inabarcable, que reclama una permanente adaptación en una sociedad dinámica.

El Estado deja así el lugar de reserva que había ocupado cuando estaban vigentes las premisas burguesas relativas a la capacidad de autogobierno de la sociedad, y que sólo pasajeramente debía abandonar cuando tuviera lugar una perturbación del autogobierno o ésa fuera inminente. Su actividad pierde de este modo su orientación concreta y retrospectiva y alcanza un carácter abarcador y prospectivo que fue ajeno tanto al Estado absoluto, debido a sus insignificantes posibilidades de organización, como al Estado liberal, a causa de sus reducidas competencias organizativas. Los ámbitos sociales que habían sido totalmente sustraídos al influjo del Estado no resultan ya reconocibles: el Estado interviene en la configuración social, si bien de forma gradual. El resultado es que tanto los particulares como los sistemas sociales parciales están en creciente dependencia del Estado. Ni el desarrollo de la personalidad ni el cumplimiento de las funciones del sistema pueden llegar a buen puerto sin prestaciones anticipadas ni medidas facilitadoras estatales. En estas circunstancias, la libertad, como valor último irrenunciable del ordenamiento, resta cada vez menos natural y más mediada y condicionada por el Estado<sup>22</sup>.

### 3. Nuevas tareas: seguridad

La adaptación de la actividad estatal desde el mantenimiento de la situación a la planificación del futuro adquiere una dimensión adicional mediante los progresos de la ciencia y la técnica actuales. La utilización de nuevas técnicas, particularmente la nuclear, las de la información y la genética, pero también el empleo de nuevas sustancias químicas, provoca riesgos que superan muchas veces los peligros de la primera fase de la industrialización<sup>23</sup>; con frecuencia se sustraen a la percepción física o sólo muestran sus efectos con un gran retraso en el tiempo o muy lejos en el espacio. Y, sin embargo, adoptan a la vez dimensiones nunca vistas a lo largo de la historia, incluyendo la posibilidad de autodestrucción de la humanidad. No obstante, incluso por debajo de este umbral pueden producirse daños de tal intensi-

22. Véase G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte...*, cit., pp. 75 ss.

23. Véanse U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1986 [trad. cast. *La sociedad del riesgo*, Barcelona, 1988]; id., *Gegengifte*, Frankfurt a.M., 1988; F. Ewald, *L'état providence*, Paris, 1986; P. Lagarde, *Das grosse Risiko*, Nördlingen, 1987; Ch. Perrow, *Normale Katastrophen*, Frankfurt a.M., 1987; A. Evers y H. Nowotny, *Über den Umgang mit Unsicherheit*, Frankfurt a.M., 1987; N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986.

dad o extensión que hagan imposible su remedio a largo plazo. La responsabilidad con respecto a tales daños es cada vez más difícil de detectar, puesto que se acumulan a partir de gran número de pequeñas contribuciones inocuas o resultan de la concurrencia de acontecimientos no dañinos o no previsibles en el momento en que fueron ocasionados. Pero a la vez, a causa de la falta de experiencia, se carece de conceptos de seguridad comprobados y duraderos.

En vista del rápido incremento de los riesgos y de las posibilidades, cada vez menores, de los particulares de protegerse contra ellos mediante la correspondiente cautela, en la población se ha acentuado un cambio de actitud hacia el progreso científico-técnico. Si sus ventajas han contado hasta ahora más que los riesgos ligados a ellas, en la actualidad se percibe intensamente la inseguridad respecto al futuro. Cuanto más claro resulta que dentro del sistema de la ciencia (que provee de nuevos conocimientos) ni la autolimitación ni la responsabilidad por las consecuencias pueden llegar a surtir efecto, y que del sistema económico (que aprovecha aquélla comercialmente) sólo se puede esperar una actitud sensible en lo tocante a los límites de la falta de rentabilidad, tanto más tenazmente se dirige al Estado la expectativa de que establezca límites de tolerancia a la producción social de riesgos y proteja el futuro amenazado. La seguridad se eleva a cometido urgente del Estado, de cuyo cumplimiento su legitimidad no está menos pendiente que de la conservación del bienestar material, y se concentra ya en una preensión subjetiva, de rango equivalente al de los derechos humanos<sup>24</sup>.

No obstante, para el cumplimiento de tales expectativas el Estado no puede recurrir al sistema tradicional de defensa contra riesgos, en el cual había sido posible insertar hasta ahora los riesgos científico-técnicos. Dicha defensa se refería siempre a daños inminentes, imputables a un causante, limitados en proporción y alcance, dominables a través de medidas de seguridad y, en todo caso, compensables mediante seguros. Por el contrario, las nuevas técnicas, a falta de un conocimiento experimental suficiente de todas las fuentes de daños y de sus consecuencias, no permiten establecer las obligaciones efectivas y precisas destinadas a prevenirlos. Incluso en caso de daños reparables, si no es posible establecer el causante de forma indudable y delimitable tanto espacial como temporalmente, se anulan también la protección mediante seguro y la indemnización como compensación por daños ocurridos. Por tanto, la tarea del Estado pasa de

24. Véase J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, 1983; G. Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987.

ser una defensa contra las amenazas al *status quo*, dirigida a la conservación o el restablecimiento de un estado de cosas libre de perturbación, a una previsión de riesgos orientada al futuro, directora del proceso de transformación científico-técnica de la sociedad<sup>25</sup>.

Sin embargo, el cumplimiento de este cometido conduce al Estado a un dilema. Para no quedarse atrás en la competencia internacional y sobrellevar los crecientes costes de la política de inclusión, se ha encadenado de forma considerable al proceso de innovación científico-técnica. Incapaz de atacar el mal en su raíz, se ve obligado, en vista de la ambivalencia del progreso, a aunar sus ventajas incuestionables y rápidamente disponibles con sus inconvenientes inciertos o diferidos en el tiempo, para conseguir con dificultad un consenso sobre estrategias generales de prohibición que no permitan excepciones. Por tanto, se trata únicamente de canalizar y contener los riesgos. Mas también las decisiones en este punto, a falta de informaciones más dignas de confianza sobre consecuencias técnicas y medidas preventivas, han de tomarse en condiciones inciertas<sup>26</sup>. No obstante, a menudo tales decisiones adoptadas sin certeza provocan consecuencias que gravan durante mucho tiempo a las generaciones siguientes o que son absolutamente irreversibles. En todo caso la renuncia a las decisiones no soluciona el problema, puesto que deja vía libre al desarrollo técnico, lo cual dificulta la consecución del consenso y disminuye su aceptación.

Puesto que las fuentes mismas del riesgo son difíciles de domi-

25. Véanse R. Breuer, «Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Atomrecht», en *DVBj*, 1978, p. 829; Th. Darnstädt, *Gefahrenabwehr und Gefährdungsvermeidung*, Frankfurt a.M., 1983; A. Rossnagel (ed.), *Recht und Technik*, Opladen, 1984; F. Ossenbühl, «Vorsorge als Rechtsprinzip in Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz», en *NWZ*, 1986, p. 161; R. Wolf, «Das Recht im Schatten der Technik», *KJ* 19 (1986), p. 241; Id., «Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft: *Leitathan 13* (1987), p. 357; U. E. Simons (ed.), *Präventive Umweltpolitik*, Frankfurt a.M., 1988; Chr. Zöpel (ed.), *Technikkontrolle in der Risikogesellschaft*, Bonn, 1988; G. Kirsch, «Privat- und menschliches Handeln», en B. Glaeser (ed.), *Humanökologie*, Opladen, 1989; U. K. Preuss, «Vorsicht Sicherheit», en *Merkur*, 1989, p. 487; W. van den Daele, «Kulturelle Bedingungen der Technikkontrolle durch regulative Politik», en P. Weisgart (ed.), *Technik als sozialer Prozess*, Frankfurt a.M., 1989, p. 197.

26. Véanse R. D. Luce y H. Raiffa, *Games and Decisions*, New York, 1957, espec. pp. 278 ss.; W. Lütjmann, *Entscheidung unter Ungewissheit*, Wiesbaden, 1975; K.-H. Ladeur, «Rechtliche Steuerung der Freisetzung von gentechnologisch manipulierten Organismen. Ein Exempel für die Entscheidung unter Ungewissheitsbedingungen», en *Natur und Recht*, 1987, p. 60; Id., «Die Entsorgung der Kernenergie als Regelungsproblem. Zu den Anforderungen an Gesetzgebung unter Ungewissheitsbedingungen», en *Umwelt- und Planungsrecht*, 1989, p. 241; A. Everts y H. Nowomny, *Über den Umgang...*, cit.

nar, el Estado pasa progresivamente a estrategias secundarias e intenta minimizar los riesgos humanos derivados de la utilización o el rechazo de las nuevas técnicas. La dimensión del daño potencial hace que, lejos de limitarse a los riesgos manifiestos, extienda su atención a los riesgos derivados de la disposición; esto confiere a su actividad un rasgo esencialmente preventivo<sup>27</sup>. A diferencia de la prevención del Estado-policía, empleada siempre hasta ahora, las nuevas precauciones ya no apuntan a la represión de un acto antijurídico concreto e inminente, sino al reconocimiento temprano de posibles focos de perturbación y riesgo. Las necesidades estatales de información se incrementan así de modo extraordinario, puesto que el número de potenciales fuentes de riesgo es siempre infinitamente más elevado que el de riesgos agudos. Así, la prevención se desprende de su referencia al injusto legalmente definido y se asienta en la evitación de situaciones indeseadas de todo tipo. El particular no es capaz ya de mantener a distancia al Estado mediante comportamientos legales.

#### 4. Nuevos instrumentales

En condiciones de retorno preventivo de la actividad estatal, también se modifican las formas de los actos estatales. El instrumental bien se modifica en las formas de sus tareas clásicas de garantía de un orden social previo se acompaña de mandato y coacción; es precisamente la disposición sobre estos medios lo que lo diferencia de la sociedad. Dichos medios encuentran una nueva aplicación en el ámbito de la defensa del ordenamiento, pero no son utilizables en igual medida para las tareas de organización del ordenamiento y de prevención de las crisis. Esto se debe a que la consecución de este fin no sólo depende del empleo de la fuerza, sino de gran número de otros recursos de los cuales no dispone el Estado por sí mismo y que tampoco es capaz de gobernar con medios imperativos. Las innovaciones científico-técnicas, los progresos económicos o los patrones culturales de conducta no pueden lograrse a través del mandato y la coac-

27. Véanse D. Grimm, «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en Id., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991, p. 197; P.-A. Albrecht, «Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem», en *KritV*, 1986, p. 35; E. Denninger, *Der Präventionsstaat*, en *KJ*, 1988, p. 1; J. Hirsch, *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt a.M., 1980; K. Waechter, «Das Sicherheitsrecht in der Krise: Der Staat 27 (1988), p. 393; A. Rossnagel, *Radioaktiver Zufall der Grundrechte?*, München, 1984, espec. pp. 169 ss.; W. Gessenharter y H. Froehling, *Atomwirtschaft und innere Sicherheit*, Baden-Baden, 1989, sobre la expresión «riesgo de disposiciones», Th. Darnstädt, *Gefahrenabwehr*, cit., p. 74.

ción; si se incluyen en el ámbito de los cometidos estatales, habrán de ser perseguidos por otra vía<sup>28</sup>.

Pero incluso allí donde el objeto del control estatal permite la utilización de medios imperativos, éstos no pueden entrar en juego sin excepciones. El aumento de los cometidos y de la responsabilidad del Estado no ha ido parejo con un ensanchamiento correlativo de su competencia de disposición. Si bien los umbrales de la protección frente a la intervención se han reducido de manera sensible con la necesidad creciente de dirección estatal, el principio de autonomía de los distintos ámbitos funcionales de la sociedad no ha cambiado en absoluto. Más bien estos últimos siguen en la competencia privada de disposición, protegidos por los derechos fundamentales, y por ello siguen su propia lógica sistemática. En consecuencia, el Estado ha de renunciar en grandes ámbitos de su actividad organizadora de la sociedad al empleo de los medios específicamente estatales del mandato y la coacción. Restringido sólo muy débilmente en lo referente a la aceptación y a la expansión de tareas, se halla sujeto a estrechos vínculos con respecto a la forma y manera de cumplirlas. Entre el ámbito de la responsabilidad estatal y el de su imposición se abre, de este modo, un vacío creciente que puede observarse en todos los eslabones democráticos de bienestar<sup>29</sup>.

Cuando el Estado no puede o no le está permitido actuar mediante el mandato y la coacción en el cumplimiento de sus tareas, ha de emplear recursos de carácter no imperativo que actúen indirecta-

28. Véanse, por ejemplo, H. Willke, *Entzweiung des Staates. Überlegungen zu einer sozialen Steuerungstheorie*, Frankfurt a.M., 1983; M. Glogow (ed.), *Gesellschaftsteuerung zwischen Corporatismus und Subsidiarität*, Bielefeld, 1984; G. Teubel, «Das regulatorische Dilemma: Quaterni Fiorentini 13 (1984)», p. 109; id., «Gesellschaftsteuerung durch reflexives Recht», en id., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M., 1989, p. 81; H. H. von Arnim y H. Klages (eds.), *Probleme der staatlichen Steuerung und Fehlsteuerung in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1986; F.-X. Kaufmann et al. (eds.), *Guidance, Control and Evaluation in the Public Sector*, Berlin, 1986; id., «Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht», en D. Grimm y W. Maihofer (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, p. 65; R. Mayntz, «Regulative Politik in der Krise?», en J. Mathes (ed.), *Sozialer Wandel in Westeuropa*, Frankfurt a.M., 1979, p. 55; id., «Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme», en *Jahrb. zur Staats- und Verwaltungswissenschaft*, I, Baden-Baden, 1987, p. 89; G. Folke Schnapper, *Markt, Staat, Dritter Sektor — oder noch mehr? Sektorpezifische Steuerungsprobleme ausdifferenzierter Staatlichkeit*, 3, 1989, p. 47.

29. Véase al respecto, principalmente, los resultados de la investigación sobre implementación, por ejemplo, R. Mayntz (ed.), *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, Stuttgart, 1978; id., *Implementierung politischer Programme I*, Königstein, 1980; II, Opladen, 1983; G. Winer, *Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht*, Berlin, 1975; A. Windhoff-Herber, *Politikimplementierung*, Königstein, 1980.

mente. En este aspecto cuenta, en primer lugar, con el recurso del dinero: la conducta privada que se considera deseable por el Estado se hace atractiva a través de estímulos financieros, la indeseada se torna no atractiva por medios disuasorios del mismo tipo. Pero el control no imperativo se lleva a cabo también por vía de información o convicción. Por último, el Estado influye en la conducta privada de forma indirecta mediante la explotación o ampliación de la capacidad de las organizaciones públicas o mediante la transformación de los marcos jurídicos que condicionan las decisiones privadas. Estas formas de control se diferencian asimismo del control imperativo (que utiliza el recurso del dinero, por ejemplo, en las multas o tarifas) en que los destinatarios son dejados a su libre elección. La conducta no deseada ha de ser retribuida con desventajas, aunque sea legal; de forma que, al fin y al cabo, la imposición o no de la política estatal es cuestión de cálculo privado.

Ciertamente, los destinatarios particulares de la acción de gobierno se desvinculan en igual medida de su posición de subordinación, pues no existe deber de obediencia alguno respecto al gobierno indirecto. El Estado, en la imposición de su política, depende más de la libre disposición a obedecer de dichos destinatarios; por lo tanto, éstos se encuentran nuevamente frente a él en un contexto de negociación, al cual corresponde por parte del Estado una obligación de negociar<sup>30</sup>. Las medidas políticas son objeto de regateos, en los cuales los destinatarios privados de las medidas de gobierno pueden dejar que el Estado remunerere su disposición a obedecer. Sin embargo, en este trato el Estado no se encuentra en una posición de partida inferior, puesto que los particulares que adoptan decisiones son, a su vez, dependientes de sus prestaciones. Dado que los medios de gobierno imperativos y no imperativos son intercambiables, no es raro

30. Véase R. Mayntz, *Implementation...*, I, cit., espec. el artículo de P. Knoepfel y H. Weidner, p. 82, y J. Hücker y A. A. Ullmann, p. 105; E. Bohne, *Der informelle Rechtsstaat*, Berlin, 1981; W. Hoffmann-Riem, «Selbstbindungen der Verwaltung: VVDStRL 40 (1982)», p. 187; H. Willke, *Entzweiung...*, cit., espec. pp. 128 ss.; G. Hartkopf y E. Bohne, *Umweltpolitik I*, Opladen, 1983; C. E. Eberle, «Arrangements im Verwaltungsverfahren», en *Die Verwaltung*, 1984, p. 439; H. Bauer, «Informelles Verwaltungsverfahren im öffentlichen Wirtschaftsrecht», en *VerArchiv*, 1987, p. 241; F. Ossensühl, «Informelles Hoheits Handeln im Gesundheits- und Umweltschutz», en *Jahrb. für Umwelt- und Technikrecht* III, Düsseldorf, 1987, p. 27; G. Hermes y J. Wieland, *Die staatliche Duldung rechtsunsicheren Verhaltens*, Heidelberg, 1988; M. Bulling, «Kooperatives Verwaltungshandeln in der Verwaltungspraxis», en *DÖV*, 1989, p. 277; Ph. Kunig y S. Rublack, «Aushandeln statt Entscheiden?», *Jura* (1990), p. 1; paralelamente, en el ámbito del proceso penal, véase, por ejemplo, W. Hassemer, «Pacta sunt servanda — auch im Strafprozess?», *Jus* (1989), p. 890.

que la disposición de los particulares a obedecer se incrementa también mediante el anuncio de medidas coercitivas; sin embargo, en muchos ámbitos la promulgación o la imposición de una disposición legal no es sino un as en la manga de los negociadores cuya utilización debe ser precisamente evitada.

Las negociaciones entre los sujetos públicos y privados que toman las decisiones han ido aumentando de tal manera en volumen e importancia, que no pueden ser ya consideradas como un fenómeno excepcional. Al contrario, el Estado ha procedido en mayor medida a institucionalizarlas tanto formal como informalmente. En estas circunstancias los vínculos no se limitan ya a los contactos ocasionales, sino que pertenecen a la rutina e imprimen carácter al sistema, que adopta rasgos neocorporativos<sup>31</sup>. El contenido de las decisiones estatales se consigue mediante negociaciones. El resultado de éstas no se somete ya a ningún dictamen público autónomo: su vigencia es meramente formal. Por tanto, los copartícipes en la negociación pueden aún distinguirse en función de su origen estatal o social, pero el producto de sus negociaciones no es posible imputarlo de forma inequívoca a parte alguna. Estado y sociedad se reúnen en el mismo plano. El vacío que surge de este modo ha de ser cubierto, de acuerdo con las propuestas más recientes, por mediadores no comprometidos con ninguna de las partes, de los cuales hay ya ejemplos en los Estados Unidos<sup>32</sup>.

##### 5. Nuevos actores

La dependencia del consenso y el carácter de mandato de las tareas del poder estatal, tal como se encontraban establecidos en el concepto de Estado constitucional, habían de ir forzosamente acompañados de una apertura de fronteras a la sociedad. Se pensó en el parlamento elegido por el pueblo como eslabón entre ellos. No obstante, este modelo de mediación dio lugar muy pronto a organizaciones auxilia-

31. Véase Ph. C. Schmitter, «Still the Century of Corporatism?»: *Review of Politics* 36 (1974), p. 85; Ph. C. Schmitter y G. Lehmbruch (eds.), *Trends Toward Corporatist Intermediation*, London, 1979; U. von Alemann (ed.), *Neokorporatismus*, Frankfurt a.M., 1981; R. G. Heinze, *Verbindpolitik und Neokorporatismus*, Opladen, 1981; W. Streck y Ph. C. Schmitter (eds.), *Private Interest Government - Beyond Market and State*, London, 1985; A. Cawson, *Corporatism and Political Theory*, Oxford, 1986; E.-H. Rittner, «Der kooperative Staat»: *AöR* 104 (1979), p. 389.

32. Véase W. Hoffmann-Riem, *Konfliktmittler in Verhandlungsverhandlungen*, Heidelberg, 1989; B. Holzngel, «Der Einsatz von Konfliktmitlern, Schiedsrichtern und Verfahrenswealtern im amerikanischen Umweltrecht», en *Die Verwaltung*, 1989, p. 421.

res, no previstas por las constituciones, bajo la forma de partidos que agrupaban, con vistas a las elecciones, pareceres e intereses análogos de la población condensados en programas políticos y presentaban candidatos que debían llevar a cabo estos programas en el parlamento. En condiciones de legítimo pluralismo y derecho universal de sufragio, los partidos se convirtieron en el presupuesto funcional del sistema, puesto que el pueblo sólo puede ejercer su derecho de elección cuando la inabarcable diversidad de combinaciones de intereses y creencias individuales se reduce a unas pocas posibilidades de elección. Durante mucho tiempo los partidos no fueron tenidos en cuenta, al ser considerados figuras extracostitucionales que desde el punto de vista jurídico-constitucional se hallaban en el ámbito de la sociedad y no se sujetaban a las reglas válidas para los órganos del Estado.

No obstante, la función de los partidos no se agota en la preparación de las elecciones, sino que se incorpora, de acuerdo con los resultados electorales, al órgano estatal elegido mediante el voto, el parlamento, y éste les permite, mientras dure la legislatura, hacer de su dirección la dirección del Estado y de su programa el programa del gobierno: de este modo, la sociedad es su cuna pero su meta es el Estado<sup>33</sup>. El influjo de los partidos, desde luego, no se limita a los órganos estatales electos. Puesto que en el Estado Constitucional o moerático toda función estatal ha de descansar, de forma directa o indirecta, en la legitimación democrática, los partidos se consolidan sobre el reparto de puestos incluso en aquellos órganos u organizaciones estatales que se hallan fuera de la pugna de los partidos por el voto: fundamentalmente las administraciones estatal y municipal, pero también las instancias independientes de control en forma de tribunales, bancos centrales, agencias de protección de datos y emisoras de radio de regulación pública, así como las empresas de abastecimiento de titularidad pública<sup>34</sup>.

A consecuencia de esta evolución, la formación de la voluntad política se traslada en una parte considerable de los órganos del Estado a los de los partidos, desde donde se controla centralizadamente. Los partidos de gobierno disfrutaron, además, de un radio de influen-

33. Véase D. Grünm, «Die politischen Parteien», en E. Benda, W. Maifhofer y H. J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin, 1983, p. 263.

34. Este campo está insuficientemente investigado; véase lo mejor sobre la Administración pública, W. Rippeke, *Karrieredeterminanten in der öffentlichen Verwaltung*, Baden-Baden, 1975; B. Steinkemper, *Klassische und politische Bürokraten in der Ministerialverwaltung der Bundesrepublik Deutschland*, Köln, 1976; K. Dyson, *Party, State, and Bureaucracy in Western Germany*, Beverly Hills, 1977; H.-H. v. Arnim, *Amtepatronage durch politische Parteien*, Wiesbaden, 1980.

cia, particularmente grande: allá donde los partidos de la oposición disponen de posiciones de veto debido a que ciertas decisiones sólo pueden ser adoptadas por mayoría calificada o requieran la aprobación de un órgano gobernado por ellos, se incluyen también en la búsqueda informal de decisión. En este punto los miembros de los partidos poseen, por regla general, un particular peso en cargos estatales a causa de su doble papel de pertenecientes a la dirección del Estado y a la dirección de los partidos. De este modo, la toma de decisión material no retorna necesariamente a los órganos estatales; en todo caso, los límites de las instrucciones o de los órganos interrumpen el influjo directo de los partidos, y además éste puede variar considerablemente de órgano a órgano. La cadena de órdenes informales no se extiende a todos ellos y en instrucciones de gran autonomía es frecuente que el influjo no se transmita sino a partir de convenciones básicas comunes.

Ciertamente, los partidos políticos no son ya la única instancia de mediación entre el Estado y la sociedad. Cuanto mayor sea la fuerza del Estado en la configuración de la sociedad, con mayor frecuencia afectará a intereses específicos de los grupos sociales, intereses que no pueden ser representados de forma suficientemente eficaz por los partidos políticos, los cuales se dirigen a la conjunción y el equilibrio de diferentes intereses con el fin de obtener amplias reservas de votos. Por eso, desde el abandono del liberalismo es posible asistir al rápido surgimiento de una forma asociativa que la concepción liberal del Estado no previó ni consideró necesaria: las organizaciones complejas. Éstas se distinguen de otras uniones justamente por su referencia al Estado: pretenden orientar las decisiones estatales, en el sentido de influir en favor de los intereses representados por ellas. Sin embargo, a diferencia de los partidos políticos, se limitan en este punto a presentar sus exigencias y necesidades a los órganos estatales, sin insertarse en ellos como los partidos.

Por eso, las constituciones han tenido en cuenta a las organizaciones complejas aún menos que a los partidos. Desde el punto de vista jurídico-constitucional son, mucho más que cualquier otra asociación, parte de la sociedad y, por tanto, beneficiarias de la libertad jurídico-constitucional y no destinatarias de obligaciones jurídico-constitucionales. Sin embargo, la modificación de los cometidos del Estado y de sus instrumentales ha producido una modificación cualitativa de las organizaciones complejas<sup>35</sup>. En primer lugar, los grandes

grupos de intereses económico-profesionales; pero también, en los últimos tiempos y cada vez más, los que persiguen un cierto interés general, son incluidos en el proceso negociador orientado a la planificación y dirección estatal del desarrollo social. Sin embargo, su importancia como participantes en la negociación dentro de estructuras corporativas ya no se limita a transmitir exigencias al Estado. Se asemejan más bien a los partidos políticos, si bien en campos políticamente restringidos a los participantes en decisiones estatales. Por consiguiente, no resulta posible trazar límites precisos entre las esferas estatales y sociales, no sólo en lo referente al contenido, sino también a los actores.

### III. REPERCUSIONES

#### 1. Necesidad de regulación

Si se pregunta, en vista de este diagnóstico, cómo han repercutido las transformaciones referidas sobre la posibilidad del control político a través del derecho constitucional, habrá que contestar poniéndolas en relación con las condiciones en las que surgió la constitución moderna y las transformaciones que han tenido lugar desde entonces. Dichas condiciones se dan, de entrada, en lo que tiene que ver con necesidades de regulación: es fácil comprobar que el rechazo revolucionario al poder estatal legitimado de modo trascendente o tradicional y que no atribuía su derecho de dominación al consentimiento del dominado (rechazo producido a finales del siglo XVII y esencial para las primeras constituciones modernas) se ha consumado, entretanto, de forma casi general. El poder político derivado de la institución divina, la tradición inmemorial o el conocimiento superior no suscita hoy adhesión: la única fuente de legitimación válida es ya el consentimiento de los sometidos al poder. Las competencias del poder estatal no son, pues, originarias, sino derivativas y se conciben, en su mayoría, como funciones socialmente atribuidas.

Pero el poder no puede, en estas circunstancias, darse simplemente por supuesto, sino que necesita una organización y una legitimación. La idea de poder por mandato remite a un acto de constitución,

35. Váanse R. Steinberg, «Die Interessenverbände in der Verfassungsordnung»; PVS 14 (1973), p. 27; E.-W. Böckenförde, «Die politische Funktion wirtschaftlich-

sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie»; *Der Staat* 15 (1976), p. 457; G. Teubner, *Organisationsdenkmaltriebe und Verbandsverfassung*, Tübingen, 1978; U. von Alemann y R. G. Heinze (eds.), *Verbände und Staat*, Opladen, 1979; S. D. Berger (ed.), *Organizing Interests in Western Europe*, Cambridge, 1981; D. Grimm, «Verbände und Verfassung», p. 241.

si bien sigue siendo cierto que dicho acto no necesariamente ha de desembocar en una constitución (*Konstitution*). Si el mandato del poder ha de adjudicarse incondicionalmente o ser entregado bajo la única condición de que el soberano pueda dísistir en cualquier momento, no son necesarias más regulaciones. Por el contrario, si se trata de una competencia de dominación transmitida de forma condicional, el consenso debe extenderse a las condiciones bajo las cuales debe defenderse si pretende que valga como legítimo: condiciones relativas, como mínimo, a las reglas de organización y procedimiento sobre las instituciones del poder estatal y la producción de decisiones colectivamente vinculantes. Un acuerdo de este tipo sobre el método de la toma de decisiones también es posible, en la mayor parte de los casos, cuando los contenidos de dichas decisiones son discutibles. Dado que ninguna organización es neutral en cuanto a sus fines, resulta normal que tanto éstos como los límites políticos fundamentales del poder se leventen sobre el consenso.

Ninguna sociedad puede sustraerse a tal necesidad de acuerdo; de lo contrario, sería incapaz de decidir o de asegurar la observancia de sus decisiones. Ciertamente, esto no contesta aún a la pregunta de por qué este consenso debe verse en la forma de la constitución normativa<sup>36</sup>. Se podría aproximar una contestación investigando el motivo de que el acto de constitución no cumpla este objetivo por sí mismo o, por decirlo de otra manera, qué es lo que agrega la forma normativa al consenso fundamental sobre la institución y sobre el ejercicio del poder que precede a dicha forma. En este punto aparecen, sobre todo, tres características que se hallaban ausentes del consenso histórico-político precedente, a saber: certeza, obligatoriedad y regulabilidad. La determinación textual del consenso lo separa de la comprensión subjetiva de los interesados y lo desarrolla con precisión controlable; su perfeccionamiento con fuerza jurídico-normativa lo desvincula de la voluntad histórica de sus autores, confiéndole validez en el tiempo; la regulabilidad lo desprende del fin para el que fue creado y lo hace aplicable en su ejecución posterior.

Con esto, los logros esenciales se vinculan entre sí. La fijación obligatoria disminuye la posibilidad de ulteriores discrepancias en torno al contenido del consenso. La regulabilidad facilita, en las di-

36. Véanse al respecto J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism...*, cit., espec. la contribución de S. Holmes, «Gag rules or the politics of omission», p. 19, y «Precommitment and the paradox of democracy», p. 193; además, D. Grimm, «Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform», en M. Friedrich (ed.), *Verfassung, Darmstadt, 1978*, p. 313, espec. pp. 319 ss.; D. Suhr, *Beuissensinverfassung und Gesellschaftsverfassung*, Berlin, 1975, espec. pp. 360 ss.

ferencias de pareceres que de todos modos se presentarán, la comprobación de cuáles son los requisitos que exige el consenso al comportamiento del Estado en cada caso concreto. La duración que la necesidad jurídica confiere al acuerdo dispensa a la política de la necesidad de establecerlo nuevamente caso por caso: un proceder así, en condiciones de permanente necesidad de decidir sobre propuestas concurrentes, acarrearía costes insostenibles. El proceso político de decisión tiende más bien a liberarse de la discusión permanente sobre los fundamentos de la formación del sistema; la constitución hace posible esta descongestión porque sus regulaciones son, no ya el objeto, sino la premisa de la política<sup>37</sup>. Cuando el principio y la decisión concreta se despliegan de este modo, la constitución logra que los sometidos a ella acepten con mayor facilidad las decisiones de la mayoría, limitando así el potencial conflictivo.

La eficacia de la constitución rebasa, sin embargo, esta función de descarga, mostrándose a la vez como forma de control del cambio social<sup>38</sup>. En las sociedades modernas casi todo es cambiante, pero sólo un cierto grado resulta soportable en cambios simultáneos o abruptos. Las constituciones estabilizan la relación entre continuidad y cambio a la vez que institucionalizan una mayor continuidad tanto en el plano de los principios y el procedimiento como en el cambio realización y concreción; y no lo hacen tanto impidiendo el cambio como aumentando las exigencias de justificación y consenso, poniendo dificultades al procedimiento o retrasando la decisión. Con esta contracción de distintos horizontes temporales en la política, las constituciones configuran la autoprotección de la sociedad frente a actuaciones precipitadas y crean el marco para el aprendizaje social. Ciertamente, la constitución misma no puede excluirse del cambio; por el contrario, ha de prever su propia acomodación o modificación. Lo mismo puede decirse de las cláusulas de perpetuidad, como el artículo 79, 3 de la Ley Fundamental, que se refiere exclusivamente a las transformaciones normales, pero que no puede errorbar al poder soberano en caso de renovación constitucional.

La constitución carece actualmente de un equivalente funcional en su tarea de estabilizar, trascendiendo a las generaciones, un con-

37. Véase N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, p. 195. Sobre la función consensual de la constitución, véase además U. Scheuner, «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», en Id., *Staatstheorie und Staatsrecht*, Berlin, 1978, p. 135; H. Vorländer, *Verfassung und Konsens*, Berlin, 1981; D. Grimm, «Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland: Politische Bildung 17 (1984), p. 29.

38. Véase, por ejemplo, Fr. Hase, «Steuerung der Evolution des sozialen Sektors durch Verfassungsrecht», *Sozialer Fortschritt* 37 (1988), p. 265.

sensu fundamental históricamente alcanzado, con su efecto de descarga y control. Por tanto, es en esta función donde sigue encontrándose su soporte más importante; la renuncia a la constitución sería una pérdida en términos de paz social y de cambio controlado. Ciertamente, esto nada nos dice sobre en qué medida la constitución tiene éxito en el cumplimiento de esta función cuando las circunstancias se modifican. Al contrario que las formas preconstitucionales del poder político, que acnaban exclusivamente modificando el poder de forma concreta y particular, la constitución se construye para formar plenamente las condiciones de legitimación del poder y someter así la totalidad del poder público a sus regulaciones. Con ello no pretende una juridificación total de la política ni la eliminación de todos los poderes sociales; no obstante, exige que la obligatoriedad colectiva se produzca únicamente por órganos y se requiera para decisiones que se muevan dentro del marco constitucional.

## 2. *Objeto de la regulación*

La constitución moderna se refiere al Estado. El surgimiento de un poder estatal diferenciado, delimitable con respecto a la sociedad y funcionalmente especializado en la producción de decisiones colectivamente obligatorias, constituyó el presupuesto de la intervención reguladora de la constitución. Fue justamente la peligrosidad que entrañaba el monopolio estatal de la violencia para la libertad individual y la autonomía social el motivo de que se sometiese aquel a determinadas condiciones necesarias, no previstas para la sociedad. Lo cual no quiere decir que la constitución carezca de importancia para la ordenación de la sociedad; por el contrario, determina los principios de dicha ordenación. Pero adquiere validez sólo en la medida en que vincula al Estado: éste es el destinatario de la constitución y la sociedad su beneficiaria. En la constitución moderna, la unidad del poder estatal (que durante mucho tiempo fue un logro incierto en el aspecto empírico) encuentra su soporte jurídico, al presuponer la diferencia de Estado y sociedad; inversamente, no está preparada para actores, instituciones y procedimientos que no se comprometan con este límite.

Sin embargo, el Estado constitucional ha engendrado, sin propósito expresamente, un híbrido similar en la forma de los partidos políticos mismos; en este papel mediador también han entrado últimamente, debido a la modificación de la actividad estatal, las organizaciones complejas y los grupos sociales de poder. Ambos cuestionan así la posibilidad de regulación jurídico-constitucional de la política.

Ciertamente, desde el punto de vista formal no se percibe problema alguno: los partidos, como tales, permanecen fuera del Estado. En ninguna parte les transfiere la constitución el carácter de órganos estatales, cargos o competencias de decisión. El poder del Estado es encomendado más bien a personas y presupone siempre un acto de otorgamiento del pueblo o de un órgano estatal legitimado por él. Sin embargo, la candidatura para los cargos electivos del Estado y un gran número de otros puestos públicos, de hecho, sólo pueden ser alcanzados por medio de los partidos políticos. Con todo, una vez ocupados los cargos, sus titulares procedentes de los partidos políticos están sujetos a la regla de la división de poderes con sus límites competenciales, sus garantías de autonomía, las obligaciones de cooperación recíproca y las posibilidades de control que de ello se derivan<sup>39</sup>.

No obstante, es justamente la separación de poderes, esencial al Estado constitucional, la que es esquivada por los partidos políticos, puesto que, como instancias de elección de personal para todos los niveles y funciones estatales, consiguen influencia también sobre aquellas posiciones sustraídas a la competencia de los partidos, para que (como la Administración) sirvan lealmente a los gobiernos cambiantes de los partidos o (como es el caso de la Justicia y los medios) ejerzan funciones de control sobre el proceso político básicamente partidista o (como las empresas públicas) puedan orientarse más por criterios de eficacia que de mantenimiento del poder. Pero, ante todo, los partidos rebasan los límites jurídico-constitucionalmente trazados porque atraen la toma de decisión estatal a su esfera, haciendo valer en los órganos del Estado por medio de sus representantes. Los partidos políticos siempre han realizado así su tarea, antes de que pudiera intervenir la división jurídico-constitucional de poderes: lejos de entrar en conflicto con los poderes estatales independientes, cooperan consigo mismos en diferentes papeles<sup>40</sup>.

El derecho constitucional se encuentra en gran parte impotente frente a esta evolución. Su posibilidad de regular las estructuras de *input* para los órganos y los procedimientos estatales queda forzosa y limitada en un sistema democrático, que depende de la sociedad y permanece abierto a ésta, mientras las exigencias jurídico-constitucionales dirigidas a los partidos políticos, como la democracia interna o la accesibilidad al público de sus finanzas, no consiguen penetrar en el problema de la división de poderes. También los con-

39. Sobre la importancia de las instituciones, véanse J. G. March y J. P. Olsen, *Rediscovering Institutions*, New York, 1989; G. Göhler (ed.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen, 1987.

40. Véase D. Grimm, «Die politischen Parteien», cit., pp. 294 ss.

trapesos frente a la influencia de los partidos, tales como la atenuación plebiscitaria de la democracia representativa o el aumento de las barreras de acceso en el ámbito no parlamentario podrían, ciertamente, contener las tendencias oligárquicas y expansionistas de los partidos, mas no restablecer la división de poderes. Su tarea es, más bien, aceptar la competencia de los partidos y no se refiere tanto a la división funcional de fuerzas políticas, grupos sociales u órganos estatales como a la corrección temporal y a la diferenciación organizativa de diferentes procesos de toma de decisiones jurídicas, donde pueden desarrollarse de otro modo su sentido limitador del poder<sup>41</sup>.

En oposición a los partidos, las organizaciones complejas siguen sin enviar representante alguno a los órganos estatales: cuando desean participar en ellos, dependen de los partidos políticos. Por su parte, los órganos del Estado han llegado a incluirlos formal o informalmente en la toma y ejecución de decisiones estatales. Esta participación de las fuerzas sociales no ha afectado a las exigencias de la construcción dirigida al Estado, puesto que éstas se limitaban a la preparación de decisiones estatales y no disminuían la libertad de decisión de los órganos del Estado. No obstante, no se trata de preparación de decisiones sino de la búsqueda de éstas por la vía de la negociación, que sólo tiene sentido cuando vincula a ambas partes al resultado. Sin embargo, en el ámbito de esta vinculación el Estado abandona su soberanía y deja a las fuerzas sociales participar en el ejercicio del poder público sin incorporarlas al contexto jurídico-constitucional de responsabilidad y legitimación ni someterlas a exigencias jurídico-constitucionales que si son válidas para los órganos estatales.

De modo distinto al de la entrega de derechos de soberanía a organizaciones internacionales, a cuya constitucionalización nada obsta por principio<sup>42</sup>, la difusión interna del poder estatal causa considerables problemas. La constitucionalización de las organizaciones complejas de un modo similar al de los partidos, propuesta con frecuencia, podría ciertamente resolver el problema de la auténtica mediación de intereses en el Estado, aunque no bastaría para cam-

41. Véanse *ibid.*, pp. 194 ss.; N. Luhmann, «Politische Verfassungen...», cit., pp. 7 ss.; *id.*, *Rechtssoziologie II*, cit., pp. 240, 245; *id.*, «Staat und Politik», en *Soziologische Aufklärung IV*, Opladen, 1987, p. 74, espec. 91; I. Maus, «Perspektiven reflexiven Rechts im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen», en *KJ*, 1986, p. 390.

42. Véanse, por ejemplo, J. Schwarze y R. Biber (eds.), *Eine Verfassung für Europa*, Baden-Baden, 1984; Fr. Caporioni, M. Hill, Fr. Jacobs y J.-P. Jaqué, *Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Union*, Baden-Baden, 1986.

bien nada, dado su carácter de titulares de intereses particulares: la debilidad que la constitución ya ha mostrado frente a la mezcla de diferentes planos del Estado<sup>43</sup> se muestra aquí plenamente. Allí donde el poder público interfiere en el ámbito social, la constitución no puede seguir refiriéndose al Estado. Sin embargo, y dado que tras el neocorporativismo se encuentra una transformación estructural refractaria a los mandatos jurídico-constitucionales, es preciso acostumbrarse a que el sistema vuelva a recibir rasgos del poder policéntrico premoderno, que se oponía a la intervención de la constitución. Esta vincula entonces, a despecho de su pretensión, no ya a todos los titulares del poder público, sino sólo a una parte de ellos<sup>44</sup>.

### 3. *Objetivo de la regulación*

La constitución, sin embargo, se refería (no sólo con respecto a su objeto, sino también a su fin) a la separación de Estado y sociedad: debía asegurar que el Estado se limitara a su función de garantía del orden social. Por eso, la ampliación funcional del moderno Estado de bienestar deja un déficit de regulación jurídico-constitucional. Esto (y dado que la constitución determina los términos en que debe llevarse a cabo la intervención) resulta especialmente evidente allí donde el Estado, en el cumplimiento de sus tareas de organizativas, no utiliza ya el medio de la intervención. Donde no existe intervención, tampoco reserva de ley; donde no hay reserva de ley, tampoco vinculación de la Administración a la ley; y donde ésta falta, falta el control de legalidad en vía judicial. Pero el déficit se extiende también al ámbito mismo de la intervención. En ese punto, la reserva de ley pierde su efecto protector de los derechos fundamentales: ya no se trata de regular intervenciones concretas de la Administración en el derecho fundamental de un determinado perturbador, sino de la transformación, efectuada por el legislador mismo, de relaciones y estruc-

43. Véanse las investigaciones sobre la interdependencia política, por ejemplo, Fr. Scharpf *et al.*, *Politikverflechtung*, 2 vols., Kronberg, 1976-1977; *id.*, «Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich», *PVS* 26 (1985), p. 323; J. J. Hesse (ed.), *Politikverflechtung im föderativen Staat*, Baden-Baden, 1978; Fr. Lehner, «Politikverflechtung. Institutionelle Eigentümlichkeit und politische Kontrolle», en J. Marthes (ed.), *Sozialer Wandel in Westeuropa, namik und politische Kontrolle*, en los planos semiestatales, por ejemplo, G. Folke Schuppert, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungsstellen*, Göttingen, 1981; G. Folke Schuppert y Chr. Hood (eds.), *Delivering Public Services in Western Europe*, London, 1988.

44. Véanse E.-W. Böckenförde, «Die politische...», cit.; D. Grimm, «Verhältnis...», cit.

turas sociales que afectan a grandes grupos sociales con posiciones enfrentadas en materia de derechos fundamentales.

Ciertamente, los déficits de regulación no han pasado inadvertidos. La respuesta jurídico-constitucional al cambio funcional de la intervención es el principio de proporcionalidad, que ya no hace depender la constitucionalidad de una restricción administrativa única, sino también de que la misma ley autorizante no restrinja de forma irrazonable el derecho fundamental afectado y consiga de modo adecuado el compromiso de las posiciones enfrentadas en materia de derechos fundamentales. En el ámbito de la actividad no imperativa del Estado se ha verificado, como reacción al cambio de circunstancias, una ampliación del concepto de intervención en todas las repercusiones de la actividad estatal que resultan perjudiciales para los derechos fundamentales y de la reserva de ley sobre todas las actividades estatales tocantes a éstos, con independencia de la clase de intervención de que se trate. Pero, ante todo, los derechos fundamentales mismos no se entienden ya únicamente como derechos subjetivos de defensa contra el Estado, sino también como principios objetivos que obligan al amparo universal de la libertad jurídico-fundamental y establecen su actividad organizadora de la sociedad sobre los principios jurídico-fundamentales<sup>45</sup>.

Sin embargo, esta ganancia de terreno para la construcción frente al Estado de bienestar no debe sobreestimarse. Como hemos visto, los derechos fundamentales no desarrollan, en su característica de principios objetivos de organización, el mismo grado de obligatoriedad que en su calidad de derechos subjetivos de defensa<sup>46</sup>. La elevada

fuerza vinculante de los derechos fundamentales de efecto negativo se funda en la circunstancia de que, como prohibiciones de actuación, sólo pueden ser cumplidos de una manera: mediante la omisión. Por ello, sólo es concebible remediar una infracción por medio de la anulación del acto correspondiente. En consecuencia, como derechos de defensa poseen validez directa y en caso de violación de la ley pueden imponerse sin más. Por el contrario, para lograr el cumplimiento de un objetivo jurídico-fundamental cabe un elevado número de opciones; por tanto, incumbe a la política decidir, en función de sus prioridades y recursos, cómo debe alcanzarse una meta en materia de derechos fundamentales. En su condición de principios objetivos, aquéllos son, pues, ordenados por mediación legal; tan pronto como ésta falta, no conceden al particular pretensión alguna y, consecuentemente, tampoco pueden ser impuestos ante los tribunales.

En el cumplimiento de las obligaciones de defensa de los derechos fundamentales se presenta otro problema<sup>47</sup>. La organización social, casi sin excepción, se ocupa de una complejidad tan grande que no puede ser racionalmente anticipada en su totalidad y, por tanto, sólo es posible determinarla legalmente de manera incompleta. Por consiguiente, en este ámbito van introduciéndose progresivamente, en el lugar de los programas clásicos que establecen condiciones, programas referidos a fines, que se limitan a trazar la meta de la actuación y a especificar los criterios que deben ser tenidos en cuenta. Pero la realización de tales programas depende no sólo de la voluntad de quien aplica el derecho, sino de gran número de factores externos; por ello, ha de permanecer abierta a las circunstancias. Esto hace que el contenido y resultado del acto administrativo no sean ya designados en la ley de forma general y abstracta, sino que se deter-

45. Sobre la expansión del significado de los derechos fundamentales, véanse fundamentalmente P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat»: *WVStZ* 30 (1971), p. 43; K. Hesse, «Grundrechte. Bestand und Bedeutung», en E. Benda, W. Maßhöfer y J. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlín, 1983, p. 79; D. Grimm, «Retorno a la expansión liberal de los derechos fundamentales?», *supra*, pp. 135-173; sobre la expansión del concepto de intervención, véanse B. Pietsch y B. Schlöck, *Grundrechte*, Heidelberg, 1989, pp. 64 ss.; G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte*, cit., espec. pp. 69 ss.; sobre la expansión de la reserva de ley, W. Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Berlín, 1975; id., «Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes: Jura (1979)», p. 304; J. Pietsch, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *Jus* (1979), p. 710; H.-H. von Arnim, «Zur Wesenslichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts», en *DVBj*, 1987, p. 1241; sobre la proporcionalidad, P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln, 1964; M. Chr. Jacobs, *Der Grundatz der Verhältnismässigkeit*, Köln, 1985.

46. Véanse R. Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt a.M., 1984, pp. 145 ss.; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, pp. 71 ss., 454 ss.; G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte...*, cit., pp. 37 ss.

47. Véanse G. Teubner, «Reflexives Recht»: *ARSP* 68 (1982), p. 13; id., «Das regulatorische Tillemann», cit., id., *Recht als antipolitisch System*, Frankfurt a.M., 1989; R. Weichelt, «Materialization and Proceduralization in Modern Law», en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín, 1986, p. 221; id., «Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?»: *KritV* (1986), p. 21; K.-H. Ladeur, «Perspectives on a Post-Modern Theory of Law», en G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law, Berlin*, 1987, p. 242; D. Grimm (ed.), *Wachsende Aufgaben des Staates - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990; sobre la conversión de los programas condicionales en programas finales, fundamentalmente N. Luhmann, «Funktionale Methode und juristische Entscheidung», en id., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a.M., 1981, p. 273; sobre las consecuencias, por ejemplo, D. Grimm, «Verfahrensfehler als Grundrechtsverstössen», en *NWZ*, 1985, p. 865; W. Brohm, «Sinnvolle Gesetzesanpassung durch die Verwaltung», en *NWZ*, 1988, p. 794; I. Maus, «Verrechtlichung...», cit.

minen independientemente por la Administración en la ejecución del programa. La adaptación de los derechos fundamentales se manifiesta, pues, como algo de mayor alcance que un aparente triunfo del Estado democrático y de derecho: la mejor prueba se encuentra en su progresivo sometimiento a procedimiento, que debe compensar la merma del contenido de protección haciendo participar a los implicados en el proceso administrativo de decisión.

Pero también la protección material de los derechos fundamentales, considerablemente cargada al principio de proporcionalidad, tiene sus costes para el Estado democrático y de derecho, puesto que habitualmente, como estándar de razonabilidad y adecuación, carece de generalidad y sólo arroja resultados casuísticos<sup>48</sup>. En la medida en que los tribunales controlan al legislativo o al ejecutivo aplicando este criterio, cargan con la tarea de la estructuración social sin estar suficientemente preparados o legitimados para ello. Pero la previsión de riesgos más reciente y urgente amenaza también con reducir la realización de la máxima de la proporcionalidad. Como criterio relativo, hace depender la conveniencia de una restricción de los derechos fundamentales de la dimensión del peligro que se pretende combatir: si éste es suficientemente grande, puede disminuir drásticamente el umbral de la intervención en otros derechos fundamentales. Por ello, en la sociedad del riesgo resulta concebible que todo criterio particular aparezca, de manera precisa y adecuada, como una carga proporcionalmente insignificante en favor de un bien jurídico de gran valor, de modo que en el conjunto la libertad pierda a costa de la seguridad. La constitución vuelve a encontrarse, pues, al margen de la vida social sin que haya existido modificación textual alguna<sup>49</sup>.

Pero también la defensa de la libertad procurada por el principio democrático cede a esta presión, porque el aumento de decisiones irreversibles forzado por el desarrollo científico-técnico hace que el cambio democrático de mayoría tienda a ser irrelevante. Tampoco el perfeccionamiento de los conocimientos o la modificación de las relaciones de poder pueden ya conducir a que la situación se modifique en un tiempo previsible. Pero el principio democrático queda anula-

48. Veanse B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976; id., «Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion», en *EuGRZ*, 1984, p. 457; K.-H. Ladeur, *Abwägung - ein neues Paradigma des Verfassungsrechts*, Frankfurt a.M., 1984; I. Maus, «Verrechtlichung...», cit.

49. Veanse D. Grimm, «Verfassungsrechtliche...», cit., pp. 217 ss.; A. Rossnagel, *Buch zur Kernenergie unsere Freiheit*, München, 1983; id., *Radioaktiver Zerfall der Grundrechte?*, München, 1984; H. Hofmann, «Atomenergie und Grundrecht», en A. Rossnagel (ed.), *Recht und Technik*, cit., p. 55.

do en la misma medida<sup>50</sup>. Las mayorías calificadas o las competencias plebiscitarias que a menudo se proponen para compensar este déficit no resuelven el problema, puesto que en cuestiones vitales no pueden aumentar la legitimación de la decisión para los sometidos a ella ni justificar la obligación de generaciones futuras. Por tanto, despus de que a la constitución ya no le sea posible incluir a todos los titulares del poder público en su tarea reguladora, hay que contar con que tampoco abarcará ya todos los ámbitos de la actividad estatal. Si una forma distinta de entender la constitución puede amortiguar esta merma de validez o la constitución se verá reducida a un orden parcial, es cuestión que por el momento queda abierta.

50. Veanse de la creciente literatura al respecto, por ejemplo, H. Hofmann, «Langzeitrisiko und Verfassung», *Scheidewege* 10 (1980), p. 448; P. Henseler, «Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen», *ÄöR* 108 (1983), p. 489; P. Häberle, «Zeit und Verfassungskultur», en A. Peisl y A. Mohler (eds.), *Die Zeit*, München, 1983, p. 289; B. Guggenberger y C. Ofte (eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen, 1984; D. Grimm, «Interessenswahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen», en H. Däubler-Gmelin y W. Adlerstein (eds.), *Menschenrecht. 6. Rechtspolitischer Kongress der SPD*, Heidelberg, 1986, p. 176; P. Saladin y Chr. A. Zeyer, *Rechte künftiger Generationen*, Basel, 1988.

## ÍNDICE GENERAL

Contenido .....	7
PRÓLOGO: Antonio López Pina .....	9
1. Teoría y práctica de la Constitución .....	10
1.1. Una teoría de la Constitución, con la garantía de los derechos fundamentales como eje central .....	10
1.2. El <i>defensor</i> en vela de la Constitución .....	14
2. El personaje .....	20
3. Desenlace para juristas hispano-lectores .....	24
1. CONSTITUCIÓN .....	27
I. Concepto .....	27
II. Nacimiento y propagación .....	28
III. Función y singularidad .....	30
IV. Condiciones y límites .....	31
V. Derecho constitucional y realidad constitucional .....	33
VI. Pretensión de validez y capacidad para imponerse .....	35
VII. Mutación e identidad constitucional .....	37
VIII. Cambio y crisis .....	39
IX. Perspectivas de futuro .....	40
Bibliografía .....	41

2. CONDICIONES Y CONSECUENCIAS DEL NACIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO .....	45	4. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN SU DESARROLLO HISTÓRICO	107
I. La constitución como innovación .....	45	I. Dirección del desarrollo .....	107
1. Objetivo de la investigación .....	45	II. Los comienzos del constitucionalismo .....	108
2. Tradición e innovación .....	46	1. La terminología prerrevolucionaria .....	108
3. El nuevo y viejo concepto de constitución .....	49	2. El significado del término <i>constitution</i> en Inglaterra .....	109
II. Presupuestos de la génesis de la constitución .....	50	3. La implantación del constitucionalismo moderno en Norteamérica .....	111
1. Modelo explicativo .....	50	4. La recepción francesa del concepto americano de constitución .....	112
a) Condiciones previas .....	50	5. El cambio de significado de <i>Konstitution</i> en Alemania .....	114
b) Titular .....	51	6. Los usos defensivos del término <i>Konstitution</i> .....	116
c) La ruptura revolucionaria .....	56	7. La constitución formal como condición de la libertad .....	117
d) Separación entre el Estado y la sociedad .....	57	8. Aportaciones materiales al concepto de constitución .....	119
e) Balance provisional .....	61	9. El derecho a modificar la constitución .....	120
2. Casos .....	61	10. Repercusiones en la teoría del contrato .....	122
a) Francia y América .....	61	III. La época de las luchas constitucionales .....	123
b) Inglaterra .....	63	1. Las posiciones fundamentales .....	123
c) América .....	64	2. La constitución como principio del progreso .....	125
d) Suecia .....	67	3. La constitución de la Administración .....	126
e) Alemania y otros países .....	68	4. La constitución como medio de protección de la libertad .....	128
III. Sobre la situación actual de la constitución .....	71	5. La necesidad de un documento constitucional .....	129
1. Una necesidad persistente .....	71	6. La Constitución como producto del desarrollo histórico .....	131
2. La materialización de las tareas del Estado .....	73	7. Constitución otorgada y constitución pactada .....	132
3. La difusión del poder estatal .....	74	8. El cambio liberal desde la fundamentación contractual de la constitución a la legal .....	134
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN CON EL ORIGEN DE LA SOCIEDAD BURGUESA .....	77	9. Aproximaciones conservadoras al Estado constitucional .....	135
I .....	77	10. La constitución en sentido formal y material .....	136
1. El concepto de derechos fundamentales .....	81	IV. Consolidación y crisis de la constitución jurídica .....	138
2. El carácter burgués de los derechos fundamentales .....	84	1. Abandono del derecho natural .....	138
II .....	84	2. Positivación de la constitución .....	140
1. Inglaterra .....	84	3. La constitución como expresión de las relaciones de poder .....	141
2. América .....	88	4. Orden fundamental u orden parcial .....	143
3. Francia .....	90	5. Primacía del Estado sobre la constitución .....	144
4. Alemania .....	93	6. Identidad entre constitución y ley constitucional .....	145
5. Polonia .....	98	7. La disolución de la ley constitucional en términos procedimentales .....	147
III .....	99	8. La disolución de la ley constitucional en términos decisorias .....	148
1. La determinación funcional de los derechos fundamentales .....	99	9. Constitución normativa y constitución fáctica .....	149
2. La posibilidad de separar los derechos fundamentales de sus condiciones originarias .....	103		

CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

10. El fin de la constitución normativa ..... 151  
V. Perspectiva ..... 152  
*Bibliografía* ..... 153

5. ¿RETORNO A LA COMPRENSIÓN LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? ..... 155

I. Sobre la situación ..... 155  
II. ¿Es la defensa frente a la intervención la función clásica de los derechos fundamentales? ..... 158  
III. Razones de la expansión de la protección otorgada por los derechos fundamentales ..... 161  
IV. Posibilidad de concebir en términos de prestación los derechos fundamentales negativos ..... 168  
V. Una salida ..... 170

6. EL FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN ..... 175

I. Condiciones de su aparición ..... 175  
1. El modelo social burgués ..... 175  
2. La función del Estado ..... 179  
3. El significado de la constitución ..... 182  
II. Transformaciones ..... 185  
1. Fallos del mercado ..... 185  
2. Nuevas tareas: configuración social ..... 187  
3. Nuevas tareas: seguridad ..... 190  
4. Nuevos instrumentales ..... 193  
5. Nuevos actores ..... 196  
III. Repercusiones ..... 199  
1. Necesidad de regulación ..... 199  
2. Objeto de la regulación ..... 202  
3. Objetivo de la regulación ..... 205

*Índice general* ..... 211