

TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL

N.º 25 1º semestre 2010

**ENCUESTA:
CORRUPCIÓN POLÍTICA
Y DERECHO PÚBLICO**



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES



IDENTIDAD Y TRANSFORMACIÓN: LA LEY FUNDAMENTAL EN 1949 Y HOY*

DIETER GRIMM

Catedrático emérito

Universidad Humboldt de Berlín

SUMARIO

- I. La identidad de una Constitución frecuentemente reformada.
- II. Una situación de partida desfavorable.
- III. Al final: patriotismo constitucional.
- IV. La «acreditación» de las Constituciones.
- V. El texto: enseñanzas de Weimar.
- VI. El contexto: condiciones adecuadas para el desarrollo.
- VII. La interpretación de la Constitución: determinada por valores y referida a la realidad.
- VIII. Efectividad mediante la jurisprudencia.
- IX. Eficacia simbólica.
- X. El patriotismo constitucional bajo nuevas condiciones.

* «Identität und Wandel – das Grundgesetz 1949 und heute», traducción de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ. Conferencia pronunciada por D. GRIMM (Magistrado emérito del Tribunal Constitucional alemán y, en la actualidad, investigador permanente del Wissenschaftskolleg de Berlín y Profesor en las Facultades de Derecho de las Universidades de Yale y Harvard) con motivo del Día alemán de la Abogacía celebrado el 21 de mayo de 2009 en Braunschweig. Publicada inicialmente en el *Anwaltsblatt* 7/2009, págs. 505-510, traducimos aquí la versión con notas destinada a la revista *Leviathan*, que por lo demás conserva el texto original destinado a la exposición oral.

I. LA IDENTIDAD DE UNA CONSTITUCIÓN FRECUENTEMENTE REFORMADA

La Ley Fundamental, cuyo sexagésimo aniversario celebramos este año, ya no es la misma que entró en vigor el 23 de mayo de 1949. En estos sesenta años de existencia ha sido reformada cincuenta y cuatro veces, la quincuagésimoquinta está ya en tramitación. De los ciento cuarenta y seis artículos del texto inicial sólo ochenta y uno conservan el mismo tenor que en 1949. Sesenta y cinco artículos (y también el preámbulo) han sido modificados, algunos varias veces, sólo el artículo 106 en seis ocasiones. Cuarenta y siete nuevos preceptos han sido añadidos a lo largo del tiempo, algunos de ellos para ser luego suprimidos. No todas las reformas han mejorado la Ley Fundamental, pero casi todas la han alargado: la actual extensión de la Ley Fundamental duplica con creces el texto de 1949, el nuevo artículo sobre el asilo es al menos cuarenta veces más largo que su predecesor.

Si la noción de identidad la referimos al tenor literal, entonces tenemos hoy otra Constitución bajo el mismo nombre. Pero resulta dudoso que éste sea un concepto de identidad constitucionalmente adecuado. La Constitución debe dejar los principios del orden político y social al margen de los repentinos cambios en las relaciones de poder y en las mayorías, y debe disponer estructuras en las que puedan ordenarse y desarrollarse conforme a principios estables la adaptación a las nuevas exigencias y la modificación de las preferencias políticas. Las constituciones, sin embargo, no están inmunizadas frente a los nuevos retos que ellas mismas puedan encontrarse, especialmente cuando están formuladas con tanto detalle como la Ley Fundamental. Las constituciones que no se adaptaran correrían el riesgo de perder al menos en parte su relevancia para el presente. Si se trata de la identidad de las constituciones es preciso integrar, por tanto, la posibilidad de las reformas.

Pero esto no significa que cualquier reforma resulte neutral desde el punto de vista de la identidad de la Constitución. La Constitución de Weimar no fue derogada tras el nombramiento de Hitler como Canciller, sino reformada conforme a sus propias reglas, pero de modo tal que apenas quedó nada de su contenido originario. A nadie se le ocurriría hablar de identidad en este caso. Este cambio radical, pero no revolucionario, fue posible porque la Constitución de Weimar no ponía límite material alguno al legislador habilitado para reformar la Constitución. Frente a ello reaccionó la Ley Fundamental con el artículo 79.3, que excluye de la posibilidad de reforma los principios fundamentales del orden constitucional. Tal precepto puede ser entendido, por ello, como cláusula de garantía de la identidad constitucional, que proporciona continuidad también en el cambio. Si nos apoyamos en el núcleo constitucional asegurado por el art. 79.3, entonces seguimos viviendo bajo la misma Ley Fundamental, aunque mucho se haya alterado en torno a ese núcleo.

No sólo son relevantes aquí las modificaciones del texto constitucional. También hay cambios que dejan el texto inalterado, pero afectan al sentido de las normas constitucionales o al alcance de su normatividad. Resultan las pri-

meras de la interpretación del texto, en la que muchos toman parte, del modo más sostenido sin duda la jurisprudencia constitucional, cuya interpretación pretende vincular a todos los demás participantes. Frente a la reforma constitucional se habla aquí de mutación constitucional. Pero también hay modificaciones de la función que cumple una Constitución en su ámbito de vigencia. No son reformas del texto ni mutaciones del significado del texto, sino procesos de transformación que tienen su origen en el contexto en el que la Constitución se desenvuelve. No pueden ser marginadas cuando se aborda la pregunta acerca de la identidad y el cambio.

II. UNA SITUACIÓN DE PARTIDA DESFAVORABLE

El cambio, entendido en este sentido general, se infiere a partir del propio trasfondo constituido por la situación de partida. Ésta resultaba, desde diversos puntos de vista, atípica. La idea de una Constitución con la que había de ser fundado un (fragmento de) Estado en la Alemania occidental no procedía de los alemanes. La Ley Fundamental procede más bien de una iniciativa de las tres potencias de ocupación occidentales a raíz de la naciente contraposición entre Este y Oeste. A los Presidentes de los Gobiernos los Länder reconstituidos en las zonas occidentales confrontados con ella, la exigencia aliada les producía el máximo rechazo porque temían que de su realización resultara la consolidación de una división alemana que ya estaba siendo anunciada por los hechos. Por eso procuraron escapar de las pretensiones de los aliados y, cuando ello resultó imposible, pusieron todo su empeño en que el documento y el Estado que se creara a través de él aparecieran como algo provisional.

Este esfuerzo se concretó en diversas decisiones. No se convocó una asamblea constituyente producto de unas elecciones, sino un Consejo Parlamentario mandatado por los Länder. El documento acordado por dicho Consejo no recibió el nombre de Constitución, sino el de Ley Fundamental. El Preámbulo subrayaba que se trataba de una ordenación para el tiempo de transición que mediara hasta la consecución de la unidad nacional y estatal. El art. 23 mantuvo el nuevo (fragmento de) Estado abierto a la incorporación de los territorios alemanes que quedaron en 1949 fuera de la República Federal. En la disposición que cerraba la Ley Fundamental, el art. 146 advertía a la Ley Fundamental de su propio fin el día en que entrara en vigor una Constitución acordada por libre decisión de todo el pueblo alemán. La adopción de la Constitución no fue resultado de un referéndum, sino de la aprobación de los parlamentos de los Länder. Desde el punto de vista del contenido, sin embargo, la Ley Fundamental era una Constitución completa, una obra alemana sin influencias significativas por parte de los aliados, que en cualquier caso se habían reservado su autorización.

Las condiciones bajo las que surgió la nueva Constitución fueron sin embargo cualquier cosa menos idóneas. No sólo porque se tratara de una Cons-

titución puesta en marcha por los políticos alemanes en contra de sus propios deseos. La tarea se fue desarrollando asimismo sin participación significativa de la población. En un país destruido, derrotado, dividido y empobrecido hasta la miseria, otros asuntos tenían prioridad. Cuando el texto se adoptó, el 8 de mayo de 1949, fue recibido con críticas mayoritarias tanto en los medios de comunicación como de los especialistas. Su entrada en vigor no fue sentida como un instante sublime. Las reservas no desaparecieron tras ese momento. Aún en mayo de 1951 escribía por ejemplo la revista *Christ und Welt* que Bonn haría bien no erigiendo altar alguno en homenaje a la Ley Fundamental y dejando pasar en absoluto silencio su segundo aniversario¹.

III. AL FINAL: PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Pese a tan desfavorable situación de partida, la Ley Fundamental se ha convertido a lo largo del tiempo en la Constitución con mayor éxito de la Historia constitucional alemana. Ninguna había permanecido tanto tiempo en vigor como la Ley Fundamental. Desde 1990 es también la Constitución de toda Alemania. Además se ha desplegado hasta resultar una Constitución de la máxima relevancia. Ninguna Constitución alemana anterior había sido tan decisiva para el proceso político, ninguna había caracterizado tan profundamente el orden social. La pregunta acerca de la constitucionalidad de las intenciones, las medidas o los programas políticos determina el discurso político en Alemania en mayor medida que en otros Estados constitucionales; en muy buena medida se trata de un discurso constitucional. En la política se encuentra la predisposición a atenerse a la Constitución. Su valoración entre la población creció de década en década, llegando a su punto máximo en mayo de 1989.

En el éxito de la Ley Fundamental hay que computar también su reconocimiento en el extranjero. Se convirtió en modelo para numerosos Estados que en el último cuarto del siglo XX lograron librarse de regímenes autoritarios de todo género. En el Tribunal Constitucional se podía seguir este proceso de modo activo. Especialmente tras el trascendental cambio de 1989/90 llegaban a Karlsruhe una tras otra las delegaciones extranjeras para informarse sobre la Ley Fundamental y sobre su interpretación y aplicación. En aquella situación Alemania se convirtió en destino preferido de los desplazamientos, también porque se veía como modelo para una transición desde un régimen totalitario hacia un Estado democrático políticamente estable y económicamente potente. Tal éxito se ponía en conexión, en la fase de elaboración de nuevas constituciones y de creación de tribunales constitucionales, con la Ley Fundamental y con su aplicación por parte del Bundesverfassungsgericht. La República Federal debía agradecer su auge, en opinión de muchos, a las bondades de su orden constitucional.

1 *Christ und Welt* del 24 de mayo de 1951.

En la propia República Federal encontró este desarrollo expresión en una inusual combinación de palabras: «patriotismo constitucional». El término fue utilizado por primera vez por el conservador Dolf Sternberger, especializado ciencia política y muy activo en los medios públicos, en un artículo de opinión aparecido en el periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung* con motivo del trigésimo aniversario de la Ley Fundamental, en mayo de 1979². Sternberger escribió que en el país dividido no existía espacio alguno para el patriotismo; pero había sin embargo algo de lo que podían sentirse orgullosos los alemanes occidentales: de su Ley Fundamental. Para este «segundo patriotismo», como él lo llamaba, acuñó el término de patriotismo constitucional. Siete años después fue recuperado por Jürgen Habermas en la llamada «disputa entre los historiadores». Habermas encarecía la inclinación de Alemania hacia la cultura política occidental como un gran logro de la República Federal, y de ello se seguía que el único patriotismo que no nos alejaba de Occidente era el patriotismo constitucional³. A partir de ese momento la sociedad de la República Federal, con independencia de su orientación política hacia la izquierda o hacia la derecha, se encontró unida en el patriotismo constitucional. Aquí veía el fundamento de su identidad. Su integración se desarrolló en gran medida a través de la Constitución.

IV. LA «ACREDITACIÓN» DE LAS CONSTITUCIONES

¿Cómo fue esto posible? La primera respuesta que podría venir a la mente sería: es que se trata de una buena Constitución. De hecho se escucha desde el cuadragésimo aniversario de la Ley Fundamental, y aún en estos días, que es «la mejor Constitución que nunca haya tenido Alemania». Con la Ley Fundamental se vincula, como con ninguna Constitución anterior, el predicado «acreditada». Con frecuencia se lanza de este modo una mirada de soslayo a la Constitución de Weimar, de la que se predica justamente lo contrario: conforme a la opinión más extendida, no habría acreditado eficacia alguna. En amplios trayectos sólo pudo mantenerse apoyada en las competencias de excepción del Presidente del Reich. Desde el verano de 1932 se hizo completamente imposible gobernar conforme a la Constitución. En esta situación permitió el nombramiento de Hitler como Canciller del Reich y, de este modo, no logró impedir el suicidio de la primera democracia alemana. Para los miembros del Consejo Parlamentario, la Constitución de Weimar encarnaba la causa fundamental del fracaso de la República y del auge del nacionalsocialismo.

Este juicio contrasta llamativamente con las valoraciones iniciales de la Constitución de Weimar en Alemania y en el extranjero. Aquellos que no es-

2 D. STERNBERGER, «Verfassungspatriotismus», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 23 de mayo de 1979, recogido también en Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt 1990, pág. 13.

3 J. HABERMAS, *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt 1987, pág. 135 (antes en *Die ZEIT* del 11 de julio de 1986); cfr. también págs. 168 y 173.

taban desde un principio en contra del Estado constitucional democrático la consideraban como la más moderna de las Constituciones democráticas de su tiempo. Esto parece una contradicción. Pero sólo pone de manifiesto que el predicado «acreditada» no encierra juicio alguno sobre la calidad del texto constitucional. La «acreditación» es un juicio sobre las Constituciones desde el punto de vista de su eficacia. Se trata, por tanto, de un juicio retrospectivo, que no sólo se apoya en el texto de la Constitución, sino también sobre su destino. Con ello no se pretende afirmar que la calidad del texto constitucional sea indiferente. Significa simplemente que la eficacia de una Constitución a lo largo del tiempo no resulta determinada sólo por su texto. Junto con él deben considerarse los retos a los que se enfrenta una Constitución (el contexto en el que ha de lograr su eficacia), así como las respuestas frente a tales retos que son obtenidas del texto; esto plantea el tema de la interpretación constitucional. Sólo en este triángulo formado por el texto, el contexto y la interpretación se decide la acreditación de las Constituciones.

V. EL TEXTO: ENSEÑANZAS DE WEIMAR

¿Se ha acreditado la Ley Fundamental porque sus autores dedujeron las enseñanzas correctas del fracaso de la Constitución de Weimar? Muchas enseñanzas se extrajeron, en efecto, del destino de la Constitución de Weimar. La Ley Fundamental no puede comprenderse si no se concibe como reacción a la Constitución de Weimar y al poder ulterior del nacionalsocialismo al margen de toda regla constitucional. La máxima que unía a los autores de la Ley Fundamental, dejando a un lado sus múltiples diferencias de criterio, era el grito «nunca más!». Nunca más el suicidio de la democracia, como había ocurrido en el año 1933. Nunca más la negación de toda vinculación jurídica del Estado, como en el nacionalsocialismo. Cuanto apareció como una carencia de la Constitución de Weimar a la luz de los acontecimientos de 1933 y de los doce años siguientes se convirtió en una tarea para la Ley Fundamental. A partir de aquí se explican numerosas prescripciones de la Ley Fundamental, tanto en su parte orgánica como en la referida a los derechos fundamentales.

En el ámbito de los derechos fundamentales ha de mencionarse en primer lugar la norma capital de la dignidad humana, que precede a los derechos fundamentales concretos y determina todo lo que la sigue. A diferencia de los derechos fundamentales situados a continuación, que son susceptibles de limitación mediante ley, se declara «intangible». El Estado no sólo ha de respetarla, sino que también tiene el deber de protegerla, mientras que los deberes de protección estatal de cada uno de los derechos fundamentales no figuran en el texto constitucional, sino que representan sólo una ulterior deducción del Tribunal Constitucional. Desde el punto de vista del contenido los derechos fundamentales se apoyan en las Constituciones anteriores; pero su vigencia resulta reforzada como reacción frente a la escasa trascendencia de los derechos fundamentales en aquellos textos. Conforme al art. 1.3 vinculan

a todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, y lo hacen en cuanto Derecho inmediatamente aplicable. Conforme al art. 19.2, la competencia del legislador para limitar los derechos resulta a su vez limitada: en ningún caso puede resultar afectado su contenido esencial.

En la parte orgánica, la relación entre pueblo, Presidente, Parlamento y Gobierno se reordena para dar lugar a una democracia de naturaleza estrictamente parlamentaria y representativa. Un valor especial se atribuye además a la garantía del orden constitucional. El concepto de «democracia militante» debe permitir que la lucha contra los enemigos radicales del orden constitucional se inicie a tiempo. Los partidos políticos han de organizarse democráticamente. Los principios fundamentales del nuevo orden se excluyen de la reforma constitucional, los quebrantamientos constitucionales ya no se toleran. Pero la expresión más importante de la incondicional voluntad de Constitución se encuentra en la creación de una institución cuya tarea expresa es imponer la Constitución, el Tribunal Constitucional, que fue dotado de una amplia panoplia de competencias y al que, desde la entrada en vigor de la Ley del Tribunal Constitucional en 1951, también puede acudir cualquiera que considere que el Estado ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales.

No puede darse una respuesta inequívoca a la pregunta sobre si la clave del éxito de la Ley Fundamental reside en esto. Pero resulta sorprendente que unas cuantas normas surgidas como reacción frente a las debilidades de la democracia parlamentaria de Weimar y frente a la incapacidad de la Constitución de Weimar para impedir la destrucción de la democracia apenas hayan tenido trascendencia alguna en la historia de la República Federal. Las reglas sobre la democracia militante no tuvieron que sofocar en sus inicios proyecto subversivo alguno. El art. 79.3 no ha tenido que enfrentarse a ningún intento de invertir el sentido de la Ley Fundamental mediante la reforma de su texto. La moción de censura constructiva no ha tenido que impedir a ninguna mayoría parlamentaria unida sólo en sus negaciones que llevara al país a una situación ingobernable. Con ello se pone de manifiesto que la Ley Fundamental quedó acorazada frente a peligros que habían derrumbado la República de Weimar, pero que no se reprodujeron en la República Federal.

VI. EL CONTEXTO: CONDICIONES ADECUADAS PARA EL DESARROLLO

Justo por eso se plantea con máxima intensidad la pregunta acerca de los otros factores que determinan el éxito o el fracaso de una Constitución. Comenzando por lo que afecta al contexto, la comparación con la República de Weimar resulta una vez más enriquecedora. La Constitución de Weimar fue ratificada en 1919 con una gran mayoría. Pero los tres partidos democráticos a los que había de agradecerse tal aprobación perdieron su mayoría ya en las primeras elecciones al Reichstag celebradas en 1920, y nunca la recuperaron. La causa fundamental de la derrota fue el duro Tratado de paz de Versalles,

que el gobierno democrático tuvo que aceptar y que arrojó una sombra permanente sobre la democracia de Weimar. Desde un primer momento estuvieron presentes los enemigos radicales del nuevo orden, aquellos que querían progresar desde la revolución hacia un sistema de consejos conforme al modelo soviético y aquellos que deseaban regresar al régimen autoritario, no parlamentario, anterior a la revolución. Su número aumentaba con cada una de las crisis económicas que estremecieron a la República.

Pero también los responsables de la administración pública, de la justicia y de la milicia permanecían mayoritariamente ligados al viejo orden en lugar de orientarse hacia la democracia. La fragmentación de los partidos favorecida por el Derecho electoral, en combinación con la escasa capacidad de compromiso que caracteriza a los partidos pronunciadamente ideologizados, hizo inevitables los Gobiernos de coalición y al mismo tiempo generó su inestabilidad. La República de Weimar conoció en catorce años veinte Gobiernos, el más largo de los cuales permaneció en el cargo menos de dos años, el más breve menos de dos meses. Hubo largos periodos en los que los Gobiernos sólo pudieron mantenerse apoyados en las competencias de excepción del Presidente del Reich. Ni siquiera éstas fueron de utilidad al final, cuando los nacionalsocialistas y los comunistas sumados dispusieron de la mayoría absoluta en el Reichstag, pudiendo derribar cualquier gobierno, pero no formar uno.

Nada de esto se reprodujo en la República Federal. Inicialmente, a la población le resultaba indiferente la Ley Fundamental. Pero el respaldo social a la Constitución creció continuadamente, en lugar de menguar. En ningún momento se formó una oposición radical al orden constitucional que tuviera un peso significativo. En lugar de Versalles teníamos el Plan Marshall. La República Federal experimentó un crecimiento económico de casi veinte años de duración, hasta que llegó en 1967/68 la primera crisis económica de la posguerra. Esta larga fase de bonanza hizo posible la construcción del Estado social y reforzó la confianza en el sistema político. Donde antes había dominado la fragmentación de los partidos tenía lugar ahora una concentración de partidos, dominada no por partidos ideologizados, sino por partidos interclasistas. La República Federal disfrutó de una democracia estable. Las elecciones produjeron siempre mayorías capaces de gobernar. En sesenta años han ocupado su cargo ocho cancilleres, incluso el más breve de ellos durante más tiempo que el más duradero de la época de Weimar. Nunca se atisbó, ni de lejos, un estado de excepción.

Con ello no se pretende decir que el desarrollo de la República Federal siempre haya sido armónico. La Historia de la República Federal ha sido, por el contrario, rica en conflictos. Entre ellos se encuentran también, con ocasión de disputas concretas, numerosos conflictos sobre el sentido de las normas constitucionales. Ningún conflicto político o social de alguna importancia ha dejado de llegar, antes o después, al Tribunal Constitucional. Pero, a diferencia de lo que ocurrió en la República de Weimar, la República Federal consiguió mantener los conflictos dentro del marco de la Constitución. Ésta siguió siendo el criterio para su solución. No se convirtió, ella misma, en objeto de la

contienda. Sería incorrecto suponer que tales conflictos perjudican a una Constitución. Cuando las partes del conflicto se remiten a la Constitución como fundamento, sin ponerla a ella misma en cuestión, la Constitución resulta más bien reforzada a través del conflicto. Sólo las constituciones irrelevantes no provocan disputas sobre su interpretación.

VII. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: DETERMINADA POR VALORES Y REFERIDA A LA REALIDAD

Enorme trascendencia tiene entonces qué respuestas a los conflictos o a los retos pueden ser extraídas de la Constitución; se trata aquí de la cuestión de la interpretación constitucional. Por eso resulta necesario decir algo sobre los métodos de interpretación. Bajo la Constitución de Weimar se mantuvo la interpretación positivista o formalista de la Constitución que había dominado en la anterior época imperial, después de que la burguesía alemana hubiera hecho las paces con el orden establecido, renunciando a sus ambiciones democráticas y perdiendo su interés por los derechos fundamentales. La cesura jurídico-constitucional de 1919 no se reflejó en la metodología. El nuevo Derecho se interpretó al viejo modo. El movimiento de reacción con el que jóvenes profesores de Derecho público se oponían a ello, postulando una concepción material de la Constitución, no se pudo imponer antes de 1933; y, además, aparecía frecuentemente impregnado, él mismo, por supuestos no democráticos.

Formal era la concepción de la Constitución. Desde una perspectiva formal ésta se diferenciaba de la ley ordinaria sólo por la exigencia de una mayoría de dos tercios para la reforma. De aquí se dedujo que, siempre que se obtuviera una mayoría de dos tercios, cabía modificar el texto constitucional o incluso, sin alterarlo, autorizar un quebrantamiento de la Constitución. Límites materiales a la reforma constitucional no se reconocían. Formal era también la concepción de la democracia. La democracia se identificó con el principio mayoritario. Era válido todo lo que decidiera una mayoría conforme a los procedimientos previstos. Sobre la base de esta concepción no existía posibilidad alguna de defender la democracia frente a su abolición por decisión mayoritaria. Formal fue la concepción del Estado de Derecho. Se redujo al principio de legalidad de la administración. La administración estaba vinculada a la ley al margen del contenido de ésta. Formal fue, finalmente, la concepción de los derechos fundamentales. Excluían injerencias carentes de fundamento legal. Pero, como podían ser limitados por ley, se asumía que se situaban bajo la ley, no sobre ella.

Tampoco esta actitud frente a la Constitución se reprodujo en la República Federal. Por primera vez en la Historia constitucional alemana existía una institución cuya función era la imposición de las exigencias constitucionales y que podía determinar el sentido de la Constitución en caso de conflicto, con independencia de los intereses políticos. Por sí solo esto no hubiera

sido sin embargo suficiente para generar la efectividad de la Constitución. Si la República de Weimar hubiera dispuesto de un Tribunal Constitucional con las competencias del actual, pero éste se hubiera mantenido prisionero de los métodos de interpretación positivistas-formalistas, la diferencia institucional no hubiera conducido a resultados diferentes. Con ello se pone de manifiesto la trascendencia de los métodos de interpretación, que en absoluto constituyen un instrumento, neutro en cuanto al contenido, para la determinación de un sentido normativo preexistente, sino que se sitúan como un factor independiente junto al texto constitucional.

Frente a la orientación que era dominante antes de la segunda guerra mundial, el Tribunal Constitucional consideró la nueva Constitución desde un principio a partir de una perspectiva material. Dos rasgos de este método destacan especialmente, de un lado la orientación a valores, de otro la referencia a la realidad. El Tribunal Constitucional comprende las normas constitucionales como expresión jurídica de valores. Se adopta como criterio de interpretación el de contribuir a la mayor eficacia posible, dentro de las circunstancias de cada caso, de los valores positivados en la Constitución, lo que implica interpretarlos de modo que logren alcanzar su finalidad en el segmento de la realidad social al que se refiere su regulación. La realidad social está ciertamente sometida a cambios constantes. Cuál sea la mayor eficacia posible sólo puede ser determinado, en consecuencia, a la vista de la respectiva situación real. Los análisis de la realidad son, por tanto, moneda corriente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto le proporciona el principio dinámico con cuya ayuda ha logrado a lo largo de sesenta años mantener la Constitución a la altura del tiempo y enfocarla hacia los nuevos peligros que acechan a los valores protegidos por ella.

VIII. EFECTIVIDAD MEDIANTE LA JURISPRUDENCIA

Que la Ley Fundamental de 2009 ya no sea la de 1949, en definitiva, no sólo depende de las reformas expresas de la Constitución, sino también de la interpretación del texto constitucional. Las reformas formales de la Constitución han afectado de manera muy predominante a la parte orgánica y, dentro de ella, ante todo al ordenamiento federal, después de que éste se hubiera unitarizado ya tempranamente a través de la praxis política. Junto a numerosas correcciones de detalle, el orden federal ha sido sometido en dos ocasiones, con las reformas de 1969 y 2006, a cambios de gran alcance para el sistema. Las otras grandes reformas constitucionales afectaron primeramente a dos ámbitos que en 1949, a causa de la pervivencia del régimen de ocupación, aún no pudieron regularse con autonomía: la Constitución de la defensa, introducida en 1956, y la Constitución del estado de excepción, introducida en 1969. Reformas constitucionales significativas fueron también necesarias con motivo de la reunificación, en parte para hacerla posible, en parte para tomar en consideración los problemas que conllevaba.

Los derechos fundamentales, por el contrario, han permanecido en buena medida al margen de las reformas constitucionales. Tanto mayor ha sido aquí la mutación constitucional operada a través de la interpretación. Ya el texto de la Ley Fundamental había contrarrestado su manifiesta irrelevancia en las anteriores constituciones alemanas. Pero con ello no estaban resueltos todos los problemas. Las cuestiones abiertas fueron respondidas sucesivamente por el Tribunal Constitucional. Al respecto habremos de conformarnos aquí con enunciar los temas. Comenzando en 1954, el Tribunal Constitucional desarrolló el principio de proporcionalidad como un nuevo límite de los límites, no escrito, que hoy soporta la mayor carga en la protección de la libertad⁴; cuando las leyes o las resoluciones judiciales son declaradas inconstitucionales, de ordinario es porque han fracasado en el control conforme al principio de proporcionalidad. Con la sentencia del caso Elfes de 1957 la protección de los derechos fundamentales alcanzó una plenitud carente de lagunas, dado que el Tribunal Constitucional interpretó el art. 2.1 como derecho general de libertad que protege cualquier actividad individual libre que no esté ya amparada por un derecho fundamental especial⁵.

Un año después del caso Elfes el Tribunal pronunció su sentencia más importante para la protección de los derechos fundamentales, la correspondiente al caso Lüth⁶. Se trataba de aclarar la cuestión de si los derechos fundamentales tenían vigencia sólo vertical, en la relación entre Estado y ciudadano, como se entendía hasta el momento, o también se aplicaban a las relaciones horizontales de Derecho privado. Para poder responder a esta cuestión el Tribunal se arriesgó a ofrecer una explicación general sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales. Y llegó al resultado de que los derechos fundamentales no se agotaban en su cualidad de derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino que eran también principios objetivos, incluso un sistema de valores. De aquí dedujo una vigencia general que se extendía también hasta el Derecho privado. Esta eficacia frente a terceros no fue entendida, sin embargo, como eficacia directa, sino que se lograba de modo mediato a través de la interpretación del Derecho civil orientada por los derechos fundamentales; era el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales, que enseguida se extendió a la interpretación de todo el Derecho ordinario en la medida en que su interpretación y aplicación incidiera en los derechos fundamentales.

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales se convirtió en fuente de nuevas ampliaciones de su ámbito de vigencia. En los años sesenta el Tribunal, apoyado en una combinación de derechos fundamentales particulares, cláusula del Estado social y garantía de la dignidad humana, decidió que los derechos fundamentales podían servir también de apoyo a preten-

4 Comenzando imperceptiblemente en BVerfGE 3, 383, 399 (1954), completamente desarrollado desde BVerfGE 7, 377 (1958).

5 BVerfGE 6, 32 (1957).

6 BVerfGE 7, 198 (1958).

siones de prestación frente al Estado⁷. En 1975 siguió la más importante consecuencia de la dimensión objetiva, aún no sometida a debate en el caso Lüth: el deber de protección de los derechos fundamentales⁸. A la eficacia negativa de los derechos fundamentales se añade una positiva: el Estado no está sólo obligado a omitir determinadas acciones de injerencia en los derechos fundamentales, sino que está asimismo obligado a actuar positivamente en protección de los derechos fundamentales cuando la libertad garantizada por los mismos es puesta en peligro por parte de terceros. La protección de los derechos fundamentales a través de la organización y del procedimiento cierra el círculo⁹. Aparece con ello, en conjunto, una ampliación y profundización de la vigencia de los derechos fundamentales que es imposible de sobrevalorar, y que ha irradiado sobre la dogmática de los derechos fundamentales de otros muchos Estados.

IX. EFICACIA SIMBÓLICA

Todo esto muestra el alto nivel de efectividad de la Ley Fundamental y acredita su inmensa importancia en el plano jurídico. Pero aún no explica su eficacia en el plano simbólico, el patriotismo constitucional. Porque éste no es una manifestación secundaria que sigue necesariamente a las Constituciones jurídicamente relevantes. Las constituciones jurídicamente irrelevantes difícilmente podrán convertirse en fundamento de efectos simbólicos, es cierto. Pero existe un considerable número de constituciones que funcionan bien desde el punto de vista jurídico sin contribuir sólo por ello a la integración de la sociedad, sin determinar incluso su identidad. En esos casos el proceso político se mantiene en los cauces de la Constitución, las infracciones constitucionales no son habituales y, si tienen lugar, son corregidas por los Tribunales constitucionales; pero la identidad de la sociedad no se nutre de su Constitución, sino de otras fuentes. ¿Qué debe añadirse para que la Constitución resulta eficaz en el plano simbólico?

En la relativamente escasa literatura sobre esta cuestión se atribuye mucho valor a la situación histórica en la que una Constitución funda una Comunidad. Cuando la Constitución se vincula con la superación triunfal de un sistema odiado o con la imposición de una gran idea que une al pueblo, entonces se dan los supuestos favorables para una cultura en la que la Constitución crece más allá de su trascendencia jurídica y desarrolla también eficacia integradora. La Constitución es, en ese caso, no sólo un texto jurídico, sino también la «reserva de sentido» de la sociedad, expresión de la concepción que ésta tiene de sí misma y de sus aspiraciones supremas. Si esto fuera así sin excepciones, la Ley Fundamental habría nacido en todo caso mal dotada

7 BVerfGE 33, 303 (1972).

8 BVerfGE 39, 1 (1975).

9 BVerfGE 53, 30 (1979), tras los anticipos de BVerfGE 12, 205 (1961).

en sentido simbólico. Los comienzos en absoluto fueron triunfales. La aceptación y la valoración de la Ley Fundamental aparecieron sólo como resultado de un largo proceso que siguió con considerable distancia a su eficacia jurídica.

¿Cómo pudieron alcanzarse pese a todo? Quizá fueran justamente los déficits de la estatalidad parcial en Alemania occidental los que favorecieron una sublimación de la Constitución. Por lo común, el patriotismo no encuentra su base en la Constitución. Existen otros factores de integración más potentes; los más importantes podrían ser la Nación, la Historia, la cultura. Pero ninguno de esos factores habituales de integración estaba disponible en la República Federal: la nación, porque estaba dividida; la Historia, porque estaba lastrada por la lacra del holocausto; la cultura, porque fue requerida como último lazo unificador en torno a la nación dividida. Si se pretende explicar la importancia inusualmente elevada de la Ley Fundamental en la vieja República Federal, parece plausible suponer que surgió de esas carencias. En aquella vieja República Federal simbolizaba la ruptura con el pasado nacionalsocialista, el retorno del país al círculo de los pueblos civilizados, la mejor alternativa frente a la República Democrática Alemana, la estabilidad democrática y la paz social.

Con razón cabe preguntarse si todo eso era realmente un logro de la Ley Fundamental. En este contexto, sin embargo, la respuesta es casi intrascendente. Lo que cuenta es que todo ello se atribuyó a la Ley Fundamental. La Ley Fundamental representaba esos éxitos. La República Federal veía reflejada en la Ley Fundamental la imagen que tenía de sí misma. Que esto fuera posible guarda relación de nuevo, sin embargo, con la omnipresencia jurídica de la Ley Fundamental, que por su parte no hubiera tenido lugar sin el Tribunal Constitucional. Fue el Tribunal quien con su jurisprudencia adjudicó a la Ley Fundamental su elevada relevancia jurídica. Su significado resultó de ese modo permanentemente visible para cualquiera. Todos podían poner en marcha el control judicial de constitucionalidad y vivir cómo los imperativos constitucionales se imponían incluso frente a los poderosos. Esto elevaba el respaldo de la Constitución y del Tribunal entre la población. Ello, por su parte, incentivaba a la política para que se atuviera a la Constitución; no seguir la hubiera tenido en tales circunstancias un excesivo coste político.

X. EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL BAJO NUEVAS CONDICIONES

La inusual constelación de circunstancias de la que se alimentó el elevado valor simbólico de la Ley Fundamental ya no subsiste. Desde 1990 Alemania está de nuevo políticamente unida como nación. Con ello desaparecen algunas de las condiciones que explicaban la alta cultura constitucional. El patriotismo ya no depende de la Constitución. ¿Ha terminado con ello el tiempo del patriotismo constitucional? La valoración de la Ley Fundamental que había

sido consolidada en la vieja República Federal se ha mantenido entre la población de los Länder occidentales. Pero la población oriental no ha crecido de la mano de la Ley Fundamental; por ello tampoco podría desarrollar la misma relación con la Constitución que se formó durante décadas en Alemania occidental. La oportunidad de transmitir a la población del este alemán el sentimiento de que la Constitución también reflejaba sus experiencias y sus expectativas se desaprovechó en 1990. La promesa del art. 146 quedó incumplida. De ese modo se redujeron las bases del patriotismo constitucional. Pero recuperar ahora la idea de un proceso constituyente en la Alemania unificada carece de sentido. Sin un «constitutional moment»¹⁰ no se produciría ya el efecto esperado.

Cuando hoy muchos se preocupan de que, veinte años después de la reunificación, la aceptación de la Ley Fundamental en Alemania del Este sea inferior a la que tiene en el oeste, se impone volver la mirada al año 1969, cuando Alemania occidental llevaba veinte años viviendo bajo la Ley Fundamental. Entonces pidió el diputado de la Unión Cristiano-Demócrata Dichgans, no sin considerable resonancia, la sustitución de la «anticuada Ley Fundamental» por una nueva Constitución¹¹. En 1970 creó el Bundestag una Comisión de Estudio con la tarea de proponer una revisión total de la Ley Fundamental. Cuando en 1976 la Comisión presentó sus propuestas de reforma, en dos tomos¹², las voces que pedían una revisión total habían desaparecido. En su lugar se imponía la veneración de la Ley Fundamental. También Alemania occidental necesitó un tiempo para identificarse con su Constitución hasta el extremo de que fuera posible hablar de patriotismo constitucional.

Con ocasión de su sexagésimo aniversario, apenas hay datos que avalen el temor de que el elevado respeto a la Ley Fundamental esté situado ante un serio peligro procedente del interior. Si existe un peligro para la aceptación y la legitimidad de la Ley Fundamental, extraordinariamente elevadas, éste viene más bien del exterior. Un número creciente de leyes, resoluciones y sentencias que pretenden vigencia en la República Federal no proceden ya de órganos estatales o de jueces alemanes, sino de instituciones supranacionales. En consecuencia, no están sometidas a las exigencias de la Ley Fundamental. No sólo Alemania está afectada por esto, naturalmente; lo mismo resulta aplicable a muchas naciones, en concreto a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Pero no en todos los Estados de la Unión Europea la Constitución determina hasta tal extremo la política y tiene tanta relevancia para la integración de la sociedad. Aún no se tiene en Alemania conciencia plena de la pérdida de transcendencia que afecta a la Constitución nacional. Cuando

10 B. ACKERMAN, *We the People*, Volumen II, Cambridge (Mass.), 1998, págs. 4 ss.

11 H. DICHGANS, *Vom Grundgesetz zur Verfassung. Überlegungen zu einer Gesamtrevision*, Düsseldorf 1970; antes ya el mismo autor, *Das Unbehagen in der Bundesrepublik*, Düsseldorf 1968, pág. 35 y *passim*.

12 Deutscher Bundestag, Documento 7/5924 del 9 de diciembre de 1976; también *Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform*, 2 Bände, *Zur Sache 3/76 und 2/77*; así como el informe provisional *Zur Sache 1/73*.

esa toma de conciencia llegue, el patriotismo constitucional no podrá quedar incólume: se reducirá sin que resulte posible poner esperanzas en un equivalente en el plano internacional.

* * *

TITLE: *Identity and Change. The Basic Law 1949 and Today.*

ABSTRACT: *The Basic Law is the most successful constitution in German history. No previous constitution was longer in force. None reached as high a degree of relevance for the political process and the social order. Although frequently amended its core principles have remained the same. Much of the identity of the Federal Republic before unification was based on the Constitution. It seems significant that, in the absence of a united nation, patriotism was linked to the Constitution. «Constitutional Patriotism» became a well known word. The success is not only a consequence of the legal quality of the constitutional text, but - in contrast to the Weimar Constitution - also of post-war Germany's lucky development and of the jurisprudence of the Federal Constitutional Court that contributed to the high relevance of the Constitution and its adaptability to new challenges.*

RESUMEN: *La Ley Fundamental es la Constitución con mayor éxito de la Historia alemana. Ninguna Constitución previa estuvo más tiempo en vigor, ninguna logró tanta importancia para el proceso político y el orden social. Aunque ha sido frecuentemente modificada, sus principios centrales se han mantenido incólumes. Buena parte de la identidad de la República Federal antes de la unificación estaba basada en la Constitución. Ello parece significar que, en ausencia de una nación unida, el patriotismo estaba ligado a la Constitución. El «patriotismo constitucional» se convirtió en una expresión célebre. El éxito no es sólo una consecuencia de la calidad normativa del texto constitucional, sino también —a diferencia de lo ocurrido con la Constitución de Weimar— del afortunado desarrollo de Alemania en la postguerra y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que contribuyó a la gran relevancia de la Constitución y a su adaptabilidad a los nuevos desafíos.*

KEY WORDS: *Constitution, Basic Law. Weimar Constitution. Constitutional patriotism. Constitutional Court. Constitutional change. Integration by constitution.*

PALABRAS CLAVE: *Constitución. Ley Fundamental. Constitución de Weimar. Patriotismo constitucional. Tribunal Constitucional. Reforma constitucional. Integración por medio de la Constitución.*