

EL FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN (*)

IGNACIO TORRES MURO

I

De los muchos libros en los que los españolitos, que hicimos estancias de investigación en la Alemania de los años noventa del siglo pasado, nos veíamos en la obligación de sumergirnos, con mayor o menor fortuna, destacaban dos recopilaciones de trabajos algo anteriores a aquellas fechas que firmaban dos de los grandes «popes» del derecho público germánico de la época. Se trataba de las obras de las que eran autores E. W. Böckenförde (1) y D. Grimm (2), a sazón magistrados ambos del Tribunal Constitucional Federal, a propuesta del SPD (socialistas).

La brillantez y agudeza de las construcciones que en ambas se contenían impulsaron inmediatamente los afanes traductores propios de todos aquellos que se sintieron deslumbrados por dichos estudios, que eran y son una buena muestra del excelente nivel alcanzado por la ciencia del derecho público en Alemania, excelente nivel que tiene evidentemente unas raíces históricas profundas, pero que se mantenía en los libros a los que nos referimos.

Debió tener más suerte con los encargados de verter sus obras al castellano Böckenförde porque ya en 1993 apareció una traducción de algunos de sus escritos (3),

(*) A propósito de D. GRIMM, *Constitutionalismo y Derechos Fundamentales*; con estudio preliminar de A. LÓPEZ PINA, Madrid, Trotta, 2006, 214 págs.

(1) *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

(2) *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

(3) E-W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

y en el 2000 vio la luz otra (4), con lo que puede decirse que el lector español dispuso con relativa facilidad de las que son sus aportaciones más significativas.

No le pasó lo mismo a Grimm, que ha tenido que esperar hasta ahora para ver publicado su primer libro en castellano, independientemente de que ya hubieran aparecido algunos trabajos suyos en obras colectivas y en revistas. Este retraso, atribuible sin duda a la torpeza de quienes en determinados momentos intentamos promover el conocimiento de su obra en nuestro país, viene compensado por la realidad de que, al fin, nos encontramos en español con algunas de las aportaciones más interesantes del autor a la teoría general del derecho constitucional, que se condensan en el libro que pretendemos hacer objeto de esta recensión.

Es cierto que Grimm ha escrito mucho más, desde su análisis de la teoría jurídica de Duguit (5) hasta sus polémicos trabajos sobre la Constitución europea (6), por poner sólo dos ejemplos separados por casi una vida, pero lo cierto es que los estudios que se dan a conocer al lector español en la obra que comentamos son los que pueden resultarle más útiles, porque tienen que ver, como vamos a explicar inmediatamente, con esos problemas generales que, a veces, las doctrinas de cada país descuidan, y que son precisamente los que más interesan a los estudiosos de otro.

II

Los traductores y editores del libro que comentamos han decidido verter al castellano varios de los artículos contenidos en la recopilación de escritos de Grimm a la que ya hemos hecho referencia.

El primero de ellos («Constitución») es una síntesis aguda de lo que supone este concepto en la que en muy pocas, pero densas, páginas, se analiza éste, su nacimiento y propagación, su función y singularidad, sus condiciones y límites, las relaciones entre derecho constitucional y realidad constitucional, su pretensión de validez y capacidad para imponerse, las implicaciones de la

(4) *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, con prólogo de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

(5) *Solidarität als Rechtsprinzip*, Frankfurt/M, Athenäum Verlag, 1973.

(6) Por ejemplo, *Braucht Europa eine Verfassung?*, Munich, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1995, o, traducido al castellano, su «Integración por medio de la Constitución: propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15 (2004).

mutación e identidad constitucionales, sus cambios y crisis, y sus perspectivas de futuro.

Llama la atención cómo, basándose en lo mejor de la bibliografía alemana sobre estos temas, y en alguna anglosajona, que se citan oportunamente al final del estudio, Grimm construye un trabajo breve, pero en el que están abordados todos los problemas que ha planteado, y plantea, la existencia de una norma fundamental en el ordenamiento. Aquí se reflejan claramente su buena formación histórica, y su atención a las aportaciones de derecho comparado, que le permiten levantar el vuelo sobre los datos normativos, y elaborar una excelente visión de lo que es el fenómeno constitucional, desde su aparición en las revoluciones burguesas de fines del XVIII hasta nuestros días, época en donde no dejan de surgir problemas al mismo, que se apuntan con agudeza.

Es evidente que muchas de sus afirmaciones necesitan de mayores desarrollos, pero también lo es que no conocemos ningún estudio que, en tan poco espacio, trate con tanto acierto los problemas fundamentales de un concepto como el de Constitución sobre el que han corrido ríos de tinta, y sobre el que no siempre se reflexiona con el rigor científico que, sin duda, merece.

Una buena manera, por tanto, de abrir esta recopilación de trabajos de Grimm, imitando al original alemán en el que también este estudio es el primero del libro al que ya hemos hecho referencia varias veces, puesto que en ese capítulo encontramos muchas de las ideas sobre las que se ha de volver en las aportaciones posteriores, y el mismo es buena prueba de que estamos ante un autor que sabe de lo que habla y que alcanza en su exposición unos niveles ciertamente interesantes.

El segundo («Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno») se abre resaltando el carácter innovador, incluso revolucionario, de las constituciones frente a la situación anterior a las mismas, desde el momento en que producían efectos constitutivos del poder, efectos completos, no concretos, y universales, no particulares (pág. 48). Así la constitución moderna fijaba en un documento con forma jurídica, con pretensión sistemática y exhaustiva, la exigencia de cómo debía organizarse y ejercerse el poder estatal (pág. 49). Examina a continuación Grimm los presupuestos de la génesis de la misma, empezando por la pretensión de regular el poder político de manera completa y unitaria, y siguiendo por la existencia de una burguesía consolidada y con intenciones de ocupar el poder político, la de los correspondientes procesos revolucionarios, y la separación Estado-sociedad, con una nueva manera regular el poder de aquél. De una manera global se afirma tajantemente que «la constitución puede calificarse como fenómeno burgués» (pág. 61). Sigue con un examen de casos (Francia y América; Inglaterra; América; Suecia; y Alemania y otros países) en los que se reflexiona sobre las particularidades de

cada uno de ellos respecto al modelo general. El ensayo se cierra con unas ideas sobre la situación actual de la constitución, en las que se interroga el autor sobre si la misma «puede desprenderse de las circunstancias en las que surgió y mantenerse bajo nuevos presupuestos» (pág. 71), apuntando que las condiciones de la actual sociedad posindustrial limitan el cumplimiento de las exigencias del derecho constitucional, y que fenómenos como la ocupación del Estado por los partidos políticos, y el difuminarse de la separación Estado-sociedad mediante la transformación de la actividad estatal, suponen nuevos desarrollos que reactivarán «el interés hacia la constitución material» (pág. 76).

«Los derechos fundamentales en relación con el origen de la sociedad burguesa» es el título del tercer ensayo de Grimm que aquí se traduce. Estudia el autor, en primer lugar, el concepto de derechos fundamentales, ligado a las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, relatándose sus diferencias con las antiguas formas de protección jurídica de la libertad, y su carácter de «expresión... de los intereses y las ideas burguesas» (pág. 81), de acuerdo con el ideal de libertad igual para todos, constatándose la «conexión genética entre emancipación de la burguesía, readaptación del orden social al principio de libertad y protección de la libertad por los derechos fundamentales», conexión que hace que «éstos se entiendan, en efecto, como expresión de los intereses y valores burgueses» (pág. 84). Esto lleva a preguntarse si, a la vista de la relación de condicionamiento mutuo entre derechos fundamentales y burguesía, ésta se circunscribe a la génesis de los mismos o si determina su función de forma duradera. El examen de los casos particulares de Inglaterra, América, Francia, Alemania y Polonia ocupa las páginas siguientes, que conducen a un apartado conclusivo en el que se reafirma la relación entre derechos fundamentales y sociedad burguesa que, sin embargo, no supone que la ausencia de los mismos pruebe la inexistencia de la segunda (pág. 99), independientemente de que la tarea básica de aquéllos sea otorgar «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» (pág. 101). Finalmente, se recuerda que «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» (pág. 103), lo que lleva a preguntarse sobre la posibilidad de separar los derechos fundamentales de sus condiciones originarias, poniéndolos a disposición de la sociedad toda, cuestión que se contesta en positivo recordando que los mismos «actúan como señal de alarma, incorporada al orden jurídico, de los déficits de libertad del derecho válido y como principio dinámico del reajuste del derecho» (pág. 106).

El cuarto apartado del libro se dedica a «El concepto de constitución en su desarrollo histórico». En el mismo se subraya la evolución de éste desde un sen-

tido descriptivo a uno prescriptivo. Sobre los comienzos del constitucionalismo, analiza Grimm la terminología prerrevolucionaria, el significado del término «constitution» en Inglaterra, la implantación del constitucionalismo moderno en Norteamérica, la recepción francesa del concepto americano de constitución, el cambio de significado de «Konstitution» en Alemania, los usos defensivos del término «Konstitution», la constitución formal como condición de la libertad, las aportaciones materiales al concepto de constitución, el derecho a modificar la constitución, y las repercusiones en la teoría del contrato.

Dando un giro al ensayo, aborda el autor la época de las luchas constitucionales en Alemania con un análisis detallado de la evolución de los problemas respecto a la constitución en aquel país, desde los planteados en la primera mitad del siglo XIX a la diferenciación entre la constitución en sentido formal y en sentido material, pasando por la que distingue la constitución otorgada de la pactada, o las aproximaciones conservadoras al Estado constitucional. La consolidación y crisis de la constitución jurídica son el objeto de las siguientes páginas, que estudian, siempre en Alemania, desde el abandono del derecho natural hasta el fin de la constitución normativa, pasando por la constitución como expresión de las relaciones de poder, o la identidad entre constitución y ley constitucional. La conclusión de todo este repaso es que en la segunda posguerra la constitución jurídica fue reconstruida y protegida sobre todo a través de la institución de la jurisdicción constitucional, pero las últimas transformaciones permiten «prever una creciente importancia de la constitución político-social que sirve de base a la constitución jurídica» (pág. 153).

Cambiando de tercio, el quinto ensayo traducido se titula «¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?», y en él Grimm se pregunta, a raíz de los trabajos de otros autores alemanes, «si en la defensa frente a la intervención se encuentra, de hecho, la función clásica de los derechos fundamentales» (pág. 157). Ocupándose primero de la manera de entender los mismos en la revolución americana, pasa luego el autor a lo que sucedió en la francesa y en Alemania, concluyendo que en la segunda «los derechos fundamentales hicieron más bien las veces de principios conductores del orden social, llamados a dar firmeza y continuidad a la trabajosa y complicada reforma del derecho» (pág. 159) y que en su país «sólo en la segunda mitad del siglo (XIX), 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 clásica» (pág. 160). La consecuencia de esta manera de ver las cosas es que, dado que la libertad jurídicamente igual, sin la intervención del Estado, no conduce automáticamente a la prosperidad y a la justicia «ya no se puede seguir hablando de la libertad jurídico-fundamental prescindiendo de sus condiciones efectivas» (pág. 161). Desde la aparición de

la llamada cuestión social cambia la aproximación a los problemas de derechos fundamentales, nueva aproximación que en tiempos más recientes se reafirma con el surgimiento de la sociedad de riesgos. La conclusión es que en la visión negativa clásica «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» (pág. 170). Los resultados obtenidos por Grimm son especialmente llamativos, formulando la necesidad de tomar con cuidado las críticas consistentes en la limitación de la protección de los derechos fundamentales a su faceta negativa, lo que supondría que los mismos debieran renunciar a su papel de motor de las organizaciones jurídicas, de principio dinámico instalado en el orden jurídico que mantiene abierto el derecho a los cambios sociales e impulsa una optimización de la libertad en función de las situaciones cambiantes.

El libro se cierra con el ensayo titulado «El futuro de la constitución». En el mismo se examinan primero las condiciones de aparición de la misma: el modelo social burgués, la sustitución del poder estatal no consensual y autolegitimado por otro basado en el consenso y legitimado por los súbditos, y el hecho de que, dado 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 trasgresión de los límites. Las transformaciones de la constitución comenzaron cuando el modelo social burgués no fue capaz de cumplir sus promesas y el establecimiento de la democracia con general e igual derecho al voto abrió la puerta a una reactivación del Estado, de modo que la libertad, como valor último irrenunciable del ordenamiento, resta cada vez menos natural y más mediada y condicionada por aquél. Aparece con toda su importancia el valor seguridad, de modo que 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. Ello determina que surjan nuevos instrumentos, dado que el Estado empieza a emplear recursos de carácter no imperativo que actúan indirectamente, y nuevos actores, como unos partidos convertidos en el presupuesto funcional del sistema, y lo que Grimm denomina organizaciones complejas, que pretenden también orientar las decisiones estatales. Las repercusiones de todos estos fenómenos son, a juicio del autor, las siguientes. En primer lugar, para la necesidad de la regulación, en la que la constitución cumple sus funciones de descarga del sistema político, y forma de control del cambio social, al aumentar las exigencias de justificación y consenso. En segundo, respecto al objeto de la regulación, en donde es preciso acostumbrarse a que el sistema vuelva a recibir

rasgos del poder policéntrico premoderno, que se oponía a la intervención de la constitución, que ahora vincula, a despecho de su pretensión, no ya a todos los titulares del poder público, sino sólo a una parte de ellos. En tercero, en lo que se refiere al objetivo de la regulación, de modo que si a la constitución ya no le es 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. Todo ello le lleva a Grimm a concluir que la cuestión de 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 una que por el momento queda abierta.

III

Tras este torpe resumen de las principales tesis del autor, que pretende solamente orientar sobre el contenido del libro, conviene ahora que procedamos a hacer una valoración global del mismo, intentando revelar las claves de la obra.

Ante todo podemos decir que nos hallamos ante una publicación importante, en la que, por fin, se ponen a disposición del lector castellano los trabajos más clásicos de Grimm. El significado de este autor en la doctrina y en la práctica constitucional alemanas lo comenta correctamente ese mediador entre las doctrinas jurídico-públicas española y germánica, que es el profesor López Pina, en su estudio preliminar.

Nuestro hombre es una persona con unos posicionamientos muy claros, a la izquierda del espectro político de su país, pero centrado también en la defensa de los valores de la Ley Fundamental de Bonn, valores a los que ha servido como magistrado del Tribunal Constitucional Federal. Y es precisamente esa mezcla de progresismo de base e identificación con los principios fundamentales del Estado constitucional la que puede caracterizar a Grimm frente a otros autores.

Esto y también la soltura con la que se mueve en los problemas más generales de la asignatura, producto de una formación privilegiada, que incluye estancias significativas en Francia y en Estados Unidos, y muchos años de trabajo, antes de obtener la cátedra, no en un instituto propiamente de Derecho Público, sino en uno de historia del Derecho europeo. Es precisamente esta atención a los fundamentos mismos del Derecho constitucional, relacionándolos con la historia, y con los datos de la realidad social, lo que hace verdaderamente interesantes estos ensayos de Grimm, y lo que diferencia a este autor de otros colegas alemanes, más atentos a los datos normativos de base, y a los problemas concretos del desarrollo del Estado social y democrático de Derecho en su país.

Si se me permite recurrir a una anécdota personal diré que uno de estos últimos, sin adoptar desde luego una posición crítica, puesto que Grimm es un autor reconocido y valorado también en Alemania, me manifestó en su momento que éste parecía en sus escritos apartado de los debates centrales que se daban en aquella nación, tales como, por ejemplo, el futuro del federalismo o la articulación de las relaciones entre derecho europeo e interno, comentario este último hecho antes de la aparición de los trabajos sobre el problema a los que ya nos hemos referido, que no dejan, sin embargo, de tener el tono general al que nuestro hombre nos tiene acostumbrados. Mi reflexión al respecto fue que quizás precisamente por ello era un autor interesante para los investigadores extranjeros, que podíamos tener más inclinación a ocuparnos de los problemas generales del derecho constitucional que de los avatares del Estado alemán.

El libro que comentamos se inscribe perfectamente en esa doble faceta del autor. Recoge, por un lado, ensayos sobre asuntos fundamentales de nuestra asignatura, como las teorías generales de la constitución y de los derechos fundamentales, y en esos estudios Grimm se muestra como claramente inscrito en esa corriente que interpreta de una manera progresista los datos del Estado social y democrático de Derecho, y que muestra razonadas resistencias a un neoliberalismo que, simplemente, le parece inadecuado.

Y ésas son las inclinaciones que hacen de esta obra un buen ejemplo de lo mejor de la doctrina alemana contemporánea, puesto que no puede sino subrayarse que en sus análisis de teoría general no se encuentran evidentemente lastrados por las mismas, dada la calidad que presentan, producto de una solidez derivada de un trabajo de base que no puede sino calificarse de sobresaliente.

Los ensayos recogidos en el libro destacan también por la claridad en la exposición, claridad propia del original alemán que ha sido correctamente trasladada a nuestro idioma por una labor de traducción, siempre ingrata, que sólo puede calificarse de acertada. Quizás hubiese sido necesarias algunas notas para aclarar algunos conceptos propiamente germánicos que los lectores españoles, sobre todo si son simples estudiantes a los que la obra podría interesar, no tienen por qué conocer. Por ejemplo, el de Premarzo («Vormarzo»), que remite a un período muy concreto de la historia constitucional alemana cuyo significado hubiese sido preciso esclarecer, siquiera con un breve apunte a pie de página. Pero este pequeño defecto no puede calificarse de decisivo, y no empaña, desde luego, un trabajo no siempre fácil de hacer —«imposible el alemán», se ha dicho—, y generalmente poco valorado.

Resumiendo, nos encontramos ante un libro en el que se recogen aportaciones de Grimm a la teoría de la constitución que están entre las más interesantes de los fines del siglo XX en Alemania. Estamos, por tanto, de enhorabuena, porque las mismas pueden enriquecer nuestros propios debates, a veces dema-

siado apartados de los problemas de doctrina general, y, por tanto, pobres al fin y al cabo. Ya dijimos que la obra merecía el esfuerzo de la traducción, cosa que no sucede con tanta frecuencia, y cualquiera que aborde su lectura coincidirá con nosotros en que estamos ante ensayos de primera línea, sugerentes, y de indudable interés también para el posible lector español o hispanoamericano, sea éste un investigador especializado, un alumno, o cualquiera con interés en temas constitucionales.

Solamente cabe esperar que cunda el ejemplo en cuanto a trasladar al castellano obras alemanas, que deberán cumplir los requisitos que encontramos claramente en ésta, como la especial agudeza, y el carácter de reflexiones que superen el localismo para convertirse en una aportación de interés más allá del marco propiamente germánico. Así continuará una benemérita tradición, que tiene en España raíces bastante profundas, y que conviene seguir cultivando.

Se ha reparado, con esta publicación, una laguna que muchos habíamos advertido en su momento. Debemos, por tanto, estar agradecidos a quienes han inspirado, y realizado materialmente, la difícil tarea. Han rendido con ello un importante servicio a nuestra doctrina constitucional, que sólo puede responder a sus esfuerzos con el debate a fondo, y la asimilación, de las tesis de Grimm. Así habremos dado un nuevo paso en el siempre complicado camino de construir un entramado teórico que sirva para someter a continuo análisis crítico el texto constitucional de 1978 y sus implicaciones.

