

# MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. UNA APROXIMACIÓN AL ORIGEN DEL CONCEPTO

ANA VICTORIA SÁNCHEZ URRUTIA

*A Luis Rojo, in memoriam*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA.—III. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PARTE DE UN CONCEPTO DINÁMICO DE CONSTITUCIÓN: 1. *Normalidad y normatividad: Heller.* 2. *La mutación constitucional como elemento de un concepto ambivalente de Constitución: Smend:* 2.1. *El Estado como integración espiritual.* 2.2. *La Constitución como constante mutación.* 2.3. *Integración e interpretación constitucional.* 3. *Un testigo de excepción: Hsü Dau-Lin:* 3.1. *Definición y supuestos de la mutación constitucional.* 3.2. *La justificación de la mutación constitucional.* 3.3. *La mutación constitucional como elemento de la teoría de la Constitución.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. INTRODUCCIÓN

El problema de los cambios informales de la Constitución es destacado por la doctrina publicista alemana de finales del siglo XIX y principios del XX. En este contexto, se formula el término de «mutaciones constitucionales» (*verfassungswandlung*) para describir el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que vea alterada su expresión escrita. Son autores de la Escuela Alemana de Derecho Público los primeros en tratar de forma directa este fenómeno. Los postulados de esta escuela, en cuanto propugna el estudio dogmático del derecho público, constituyen el punto de partida necesario para plantearse el problema de la mutación constitucional en cuanto cambio de la realidad constitucional al margen de los procedimientos formales de reforma. En este sentido, sólo puede plantearse el problema de la mutación constitucional a partir de concebir la Constitución como norma obligatoria. Laband, se

plantea el problema de la mutación desde que constata que la Constitución puede transformarse fuera de los mecanismos formales de reforma a pesar de ser Ley (*Gesetz*) que debe dar continuidad y estabilidad al derecho en cuanto codificación de los más fundamental Estado. Jellinek hace referencia a las mutaciones constitucionales después de constatar que la rigidez constitucional, en muchos casos, constituye una garantía insuficiente para asegurar la fuerza normativa de la Constitución.

Parte de la doctrina alemana de entreguerras intenta integrar el cambio constitucional informal a un concepto complejo de Constitución. Autores como Heller o Smend intentan describir la Constitución como un ente dinámico, en constante movimiento, que se retroalimenta continuamente de la realidad política que le circunda. Hsü Dau Lin, exótico espectador de la Alemania weimariana, utiliza el sistema conceptual de Smend en su intento de ordenar de forma sistemática todas las posibilidades en las que pueden generarse mutaciones constitucionales.

En este artículo se intentará describir y analizar los puntos destacables de estas formas de concebir la Constitución. Se intentará demostrar, además, que solamente pueden inferirse cambios informales a la Constitución a partir de su concepción normativa y que solamente desde la concepción de la Constitución en cuanto ordenación del sistema político y normativo puede plantearse una teoría de la Constitución que integre a la mutación constitucional como uno de sus elementos.

## II. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA

La Constitución del Imperio Alemán de 1871 llega después de muchos intentos de unificación que marcan la historia alemana del siglo XIX (1). Esta unión es posible una vez que la rivalidad por la hegemonía alemana se resuelve a favor de Prusia y en detrimento de Austria que es excluida del nuevo imperio. La Unión Alemana estará compuesta Estados muy distintos entre sí: desde los Grandes Ducados como Mecklemburgo-Schwerin donde existía aún el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana.

Este nuevo ordenamiento de la Constitución de 1871 se superponía a confederaciones anteriores y al régimen organizativo de cada uno de los estados

---

(1) Sobre las características políticas de la unidad alemana: PIERRE GUILLEN: *El Imperio Alemán (1871-1918)*, trad. de M. Llop Remedios, Editorial Vicent-Vives, Barcelona, 1973.

miembros. En muchos casos, como señala Jellinek, no existió una adaptación formal de los ordenamientos particulares al ordenamiento del Imperio (2). Factor éste que, junto con otros, creaba una cierta incertidumbre respecto a la sistematicidad del ordenamiento jurídico del Reich. La Constitución no requería un mecanismo excesivamente rígido para su revisión. No podía prosperar ninguna reforma de la Constitución del *Reich* que tuviese 14 votos en contra en el *Bundesrat* (Consejo Federal) (3).

En el marco de la Constitución imperial se realizan trabajos teóricos que empiezan a abordar el problema de la mutación constitucional. Los presupuestos necesarios para que se desarrolle este concepto en Europa se dan precisamente en este período del último tercio del siglo pasado: un cierto grado de rigidez de la Constitución y su comprensión como instrumento normativo. Pues si en el caso de Estados Unidos de América, la Constitución tuvo la consideración de norma obligatoria desde el principio, en Europa la concepción de la Constitución como norma que podía atisbarse en el primer constitucionalismo liberal, se diluyó durante la etapa intermedia de las constituciones flexibles de la restauración y se empezó a retomar tímidamente en esta época (4).

En este contexto, el tema de la mutación constitucional fue abordado por los autores de la Escuela alemana de Derecho Público. Esta escuela fundada por Gerber y Gierke inicia una tradición «científica» en Alemania dentro de la cual se inscriben juristas como Laband y Jellinek. La Escuela alemana de Derecho Público propugnaba como punto de partida metodológico la separación entre derecho y política. El derecho público, según esta escuela, debía ser estudiado de manera aislada sin tener en cuenta los fenómenos políticos cambiantes (5). En este contexto, no deja de resultar paradójico que sean precisamente

---

(2) GEORG JELLINEK: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906), trad. de CHRISTIAN FÖSTER: *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 9-10

(3) Prusia, al tener 17 delegados en el *Bundesrat*, podía bloquear cualquier intento de reforma constitucional.

(4) Sobre la distinción entre constituciones rígidas y flexibles se puede consultar: JAMES BRYCE: *Flexible and Rigid Constitutions* (1884): *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* [no consta traductor], estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

(5) Una descripción de los presupuestos y métodos de la Escuela de Alemania de Derecho Público se puede encontrar en JOAQUÍN TOMÁS VILLAROLLA: «La dirección dogmática en el derecho político», *Revista de Administración Pública*, núm. 79, 1976, págs. 67-89, y en JAVIER PÉREZ ROYO: «El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1 (n. e.), 1975, págs. 67-97. Como crítica a sus postulados puede verse HEINRICH TRIEPEL: *Staatsrecht und Politik* (1926), trad. de J. L. CARRO: *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974.

dos autores destacados de esta tradición los que inicien el estudio del contraste entre lo descrito en las normas constitucionales y el funcionamiento real del Estado constitucional.

Laband en su *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* (6) describe cómo la Constitución del Reich es transformada sin que se accionen los mecanismos de reforma constitucional. Para ello, parte de la idea de Constitución como ente normativo, idea que se ilustra claramente en la primera frase de su trabajo sobre la evolución de la Constitución del Reich.

«Las Constituciones son leyes, las cuales proporcionan a la continuidad del derecho una especial firmeza y estabilidad, que ningún aspecto de la legislación ordinaria puede ofrecer y, en este sentido, son la codificación de lo más fundamental del derecho estatal» (7).

Laband destaca que aunque las Constituciones son normas jurídicas en sentido estricto, la acción del Estado puede transformarlas sin necesidad de su modificación formal. Así, observa que cuando uno se procura un conocimiento preciso y definido de la Constitución se encuentra por un lado, que contiene disposiciones numerosas de significado subordinado y pasajero, de escaso interés para la mayoría de la población, y que por el otro, la esencia real del derecho del Estado plasmada en la Constitución puede experimentar una modificación radical y significativa sin que el texto constitucional vea alterada su expresión escrita (8).

Laband describe cuáles son los casos más importantes de mutación constitucional en el marco de la Constitución del Reich y hace referencia a la transformación informal de la Constitución del Reich por medio de tres vías distintas: regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich, modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de la Constitución y alteración de los elementos centrales del Estado por medio de usos y costumbres de los poderes públicos.

La ausencia de regulación constitucional de instituciones centrales del Estado producía que el perfeccionamiento y transformación de la situación constitucional del Reich se pudiese producir al margen de la modificación formal de la Constitución. La inexistencia de definición de la posición política de los

---

(6) PAUL LABAND: «Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung», publicado en el *Jahrbuch der Gehe-Stütung zu Dresden*, 1895, págs. 149-186. Se citará por su reimpresión en *Laband: Abhandlungen und Rezensionen*, vol. 1, Leipzig, 1980, págs. 574-611.

(7) PAUL LABAND: «Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung», *op. cit.*, pág. 574.

(8) PAUL LABAND: «Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung», *op. cit.*, pág. 575.

ministros del Reich, la no previsión de un procedimiento de incorporación de nuevos territorios a la Unión Alemana, la regulación constitucional imperfecta y escasa de las finanzas del Reich y la vaga e incompleta previsión constitucional de los criterios de distribución competencial entre los *Länder* y el Reich suponían que su situación real sólo pudiese ser deducida del contenido de las leyes del Reich. Así, para Laband, la mayoría de las leyes suponían, en la práctica, un cambio de la situación constitucional del Reich (9).

La expansión de la facultad de refrendar los actos del Kaiser a través de la legislación y la práctica política es destacada por Laband como uno de los cambios más importantes de la situación constitucional del Reich producidos en contradicción con el texto constitucional. La Constitución del Reich sólo mencionaba la existencia de un ministro —canciller— que daba validez a los actos del Kaiser con su refrendo. De la capacidad de refrendo se desprendía que el Canciller era el responsable de la acción política del Estado. Sin embargo, para Laband, la extensión y la diversidad de la administración del Reich hizo que esta función fuese tan amplia como irrealizable por lo que, en la práctica, se admitió que el refrendo pudiese ser realizado por los jefes de las administraciones del Reich (10). En 1879 se crea por ley la figura del *Generalvertreter* (Lugarteniente) al que se le facultaba asumir todas las obligaciones y responsabilidades del Canciller relacionadas a la administración del Reich en casos especiales o para suplencias específicas. En la práctica el *Generalvertreter* fue nombrado sin que estas circunstancias ocurrieran (11).

La ley de finanzas del Reich, conocida como la *Cláusula de Frankenstein*, supuso un cambio informal del artículo 38 de la Constitución que prescribía que el producto de las aduanas y los impuestos deberían ingresar en las cajas del tesoro nacional. Según la *Cláusula de Frankenstein* el importe de las aduanas no iba a parar al tesoro del Reich, sino que sólo pasaba a través de él. Esta contradicción entre ley y Constitución fue posteriormente superada por una reforma constitucional aprobada en 1904 que elevó a rango constitucional los puntos centrales de la ley de finanzas del Reich (12).

Laband, a pesar de resaltar y destacar la gran cantidad de cambios informa-

---

(9) PAUL LABAND: «Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung», *op. cit.*, págs. 575-576.

(10) Durante los primeros años vigencia de la Constitución del Reich, la función de Canciller de Prusia y de Canciller del Reich solía recaer en la misma persona.

(11) PAUL LABAND: «Die Wandlungen der Deutschen Reichverfassung», *op. cit.*, págs. 577-578.

(12) GEORG JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre* (1900), se ha consultado la traducción castellana de la segunda edición alemana (1905): trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Editorial Albatros, pág. 406, núm. 4.

les a la Constitución afirmó la imposibilidad de controlarlos jurídicamente. En este sentido, sostuvo que «la regla según la cual las leyes ordinarias deben estar siempre en armonía con la Constitución y no deben ser incompatibles con ésta, constituye un postulado de política legislativa, pero no un axioma jurídico...» (13). Lo anterior indica que Laband atribuía a la Constitución fuerza normativa pero no superioridad jerárquica sobre las leyes del Parlamento.

Jellinek también se ocupó de estudiar las transformaciones informales de la Constitución del Reich a la vez que analizó problemas similares en el derecho constitucional comparado. Este autor utilizó la intencionalidad del cambio como criterio para distinguir la mutación (transformación) de la reforma constitucional:

«Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación» (14).

De acuerdo con lo anterior, Jellinek define la reforma como la modificación del texto constitucional resultante de acciones voluntarias e intencionadas. Esta definición tan amplia lleva al autor a agregar que la Constitución puede ser reformada ajustándose o no a derecho (15). La Constitución se «reforma» según el mecanismo descrito en la misma para su modificación. Pero también considera como reforma constitucional el cambio o supresión de la Constitución por vía revolucionaria o su modificación consuetudinaria.

Jellinek sostiene que «las leyes constitucionales pueden reformarse (revi-sarse), al igual que las leyes ordinarias, de tres maneras. Pueden abrogarse totalmente (1), pueden recibir otro texto (2), o sustituirse por leyes [constitucionales] posteriores (3)» (16). El primer supuesto engloba los casos en que se deroga la Constitución en su totalidad. El segundo supone que una parte de la Constitución es reemplazada por una reforma de la misma. El tercer supuesto se refiere a las llamadas reformas constitucionales tácitas (materiales) en la cual la reforma constitucional no reemplaza la parte del texto constitucional que se modifica pero se entiende que las nuevas leyes constitucionales derogan

---

(13) PAUL LABAND: *Das Staatsrechts des deutschen Reiches*, vol. II. Se ha consultado la versión francesa: *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, vol. 2, Giard & Brière, París, 1901, pág. 314.

(14) GEORG JELLINEK: *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (1906), trad. de Christian Föster: *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 7.

(15) GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., pág. 9.

(16) GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., pág. 11.

toda la parte del texto constitucional que esté en contradicción con ellas (17). El abuso de esta técnica de revisión constitucional produjo una carencia sistemática respecto a la reforma de la Constitución, de modo que hizo difícil recabar del texto constitucional una idea suficientemente aceptable de los fundamentos del *Reich*» (18).

A diferencia de la reforma constitucional que siempre es intencional, para Jellinek, la mutación constitucional supone el cambio operado por actos no intencionados que no alteran expresamente el texto de la Constitución (19). En la descripción del fenómeno, es poco sistemático: recoge de manera poco ordenada datos sobre los cambios informales de las Constituciones de su época. Así hace referencia a la mutación constitucional a través de la práctica parlamentaria, por la administración y por la jurisdicción; a la necesidad política como factor de la transformación de la Constitución; a la mutación constitucional resultante de la práctica convencional; a la mutación de la Constitución por desuso de las facultades estatales y al problema de las mutaciones constitucionales consecuencia de las lagunas de la Constitución y su integración. En este contexto, hace referencia, de forma desigual, a los cambios producidos por las costumbres, por actos normativos.

Jellinek concibe la costumbre constitucional como una forma intencionada de modificar la Constitución, por tanto, una especie de revisión constitucional. Ve como ejemplo de su existencia en el derecho comparado el valor constitucional (en cuanto a su contenido y jerarquía) que gran parte de la doctrina francesa de la época le atribuía a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 (20).

---

(17) Este es el sistema que se ha seguido en la modificación constitucional de la Constitución estadounidense. Así, el texto de la Constitución de 1787 no ha sido alterado formalmente, pero se entiende que no están vigentes todas aquellas partes que estén en contradicción con cualquiera de sus enmiendas. Sobre el concepto de reforma constitucional tácita se puede consultar a KARL LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, trad. ampliada de A. Gallego Anarbitante, Barcelona, 1979, págs. 185-186.

(18) GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., pág. 11. El problema de las reformas constitucionales tácitas es actualmente bastante patente en Austria donde la Constitución vigente permite la reforma constitucional tácita, además que acepta que leyes ordinarias tengan contenido constitucional si son aprobadas por la mayoría cualificada necesaria para reformar la Constitución.

(19) GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., pág. 11.

(20) Esta tesis es sustentada en un inicio por Esmein y recogida posteriormente por autores como Duguit y Hauriou. Carré de Malberg, en polémica con los anteriores, niega la posibilidad de existencia de costumbres constitucionales que se superpongan al legislador ordinario. Sobre la polémica en relación a la validez consuetudinaria de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* en el contexto de la Constitución francesa de 1875, ver los siguientes autores. A

Las mutaciones constitucionales por medio de actos normativos son fundamentalmente las producidas por las leyes y los reglamentos parlamentarios. Al no existir control de la constitucionalidad de las leyes en la época, la ley del Parlamento constituía, en la mayoría de los casos, un factor constante de cambio constitucional. Jellinek sin embargo, no se extiende demasiado en explicar los cambios constitucionales producto de la contradicción entre la Constitución y las leyes. Presta mayor atención a los que son resultado de la acción de los reglamentos parlamentarios (21).

Jellinek también hace referencia a la posibilidad de que la Constitución pueda transformarse a través de la jurisprudencia. En aquella fecha, el estadounidense era el único sistema de control de la constitucionalidad si excluimos aquéllos, como el suizo, en los que sólo existen controles parciales (22).

Para describir la modificación informal de la Constitución a través de los usos políticos Jellinek, aunque con algunas matizaciones, toma como punto de partida la teoría de las convenciones desarrollada por Dicey en el marco del sistema constitucional inglés. Dicey describió un fenómeno que denominó «convenciones de la Constitución» o «moral constitucional» indistintamente. Este autor lo definió como una porción del derecho constitucional que comprende convenciones, entendimientos, hábitos o prácticas las cuales, a pesar de regular la conducta de muchos de los miembros de los poderes públicos, no pueden considerarse, en realidad, reglas de derecho porque no son aplicables por los tribunales (23).

Jellinek, sin embargo, se aparta radicalmente de la definición de Dicey en un aspecto importante. Para Dicey las convenciones no eran reglas de derecho

---

favor: A. ESMEIN: *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, 4.<sup>a</sup> ed., Sirely, París, 1906; LEON DUGUIT: *Traité de droit constitutionnel*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1930, t. 1, pág. 740, en contra CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, t. 2, pág. 582 y t. 1, pág. 683.

(21) GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., págs. 15 y sigs.

(22) Jellinek menciona principalmente la modificación y consecuente ampliación de las atribuciones del poder central de la Unión americana por la vía de la teoría de los poderes implícitos. Así sostiene que «... el juez, en América, ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No sin razón se califica a los tribunales, en América, como tercera cámara legislativa GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., pág. 26.

(23) A. V. Dicey: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10.<sup>a</sup> ed., con introducción de E. C. S. Wade, Macmillan, Londres, 1959, pág. 24. Jellinek no es el único autor de la época que utiliza la definición de Dicey de las convenciones constitucionales inglesas para explicar aspectos no formales de funcionamiento constitucional. En este sentido se puede destacar a Hatschek en Alemania («Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1909) y a Santi Romano en Italia («Diritto e correttezza costituzionale», 1909).



porque no eran aplicables por los tribunales (*enforced*); Jellinek, a pesar de que al igual que Dickey considera a las convenciones como normas no coercibles, considera que «... son Derecho en cuanto contienen normas reconocidas y garantizadas para el ejercicio del poder estatal, aunque en la mayoría de los casos no tienen carácter vinculante sino flexible, porque se adaptan siempre a las relaciones políticas que cambian continuamente» (24).

Jellinek, después de describir las diversas posibilidades en que las constituciones puede cambiar sin que se vea alterado sus texto escrito, no puede dar más que una explicación fáctica del fenómeno. En este sentido destaca que «las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal» y que «las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica» (25).

Con la Escuela Alemana de Derecho Público la noción de cambio constitucional alcanzó, pues, un grado de elaboración elevado. No obstante, la inexistencia de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes y el carácter tremendamente escueto de la Constitución de 1871 impidieron que los conceptos de reforma y de mutación de la Constitución fueran delimitados claramente por los autores de esta escuela, que se limitan a mostrar su perplejidad frente a las contradicciones entre la realidad, lo fáctico, y lo establecido por la letra de la Constitución.

### III. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PARTE DE UN CONCEPTO DINÁMICO DE CONSTITUCIÓN

La época de entreguerras fue enormemente fecunda en relación a la construcción del derecho público. Si, en Francia, las objeciones al formalismo jurídico datan de principios de siglo (26), en Alemania (y Austria), la gran renovación teórica del derecho público se produjo en la época de entreguerras. Desde

---

(24) Esto no denota, sin embargo, una postura totalmente contraria a la que puede sostener Dickey sino que en el fondo supone una diferencia en el criterio definidor de lo que es derecho. Así lo hace notar Jellinek que agrega a la afirmación anterior que «entre las distintas denominaciones alemanas de derecho dispositivo elijo aquí la citada antes, ya que expresa mejor el carácter peculiar de tales normas». GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., pág. 39 y n. 59.

(25) GEORG JELLINEK: *Reforma y Mutación de la Constitución*, op. cit., pág. 84.

(26) En el contexto francés existieron intentos de explicar el derecho estatal de forma dinámica. Es descabale, por ejemplo, el sociologismo jurídico de L. Duguit que se presenta como alternativa al estudio estático y dogmático del derecho constitucional. Duguit es claro heredero de la «filosofía positiva» de Comte y de las teorías sociológicas de Spencer y Durkheim. v. L. Duguit: *Etudes de Droit Public*, vol. 1, Albert Fotemoing Editor, París, 1910, págs. 13-115, y L. Duguit: *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3.ª ed., París, 1930, págs. 83-107.

el dogmatismo llevado a su máxima expresión racional por Kelsen hasta las ideas dinámicas de Constitución construidas por Heller o Smend, todo el campo del derecho público muestra una riqueza excepcional.

La Constitución alemana de Weimar (1919) inaugura una nueva generación de códigos constitucionales que, junto a los derechos individuales clásicos, regula derechos sociales. Se intenta crear un régimen constitucional-liberal donde se combinan derechos individuales clásicos con derechos colectivos (27).

La Constitución alemana de Weimar no contemplaba la posibilidad de un control jurisdiccional centralizado de la Constitucionalidad, sin embargo, en su marco, coexistieron distintos sistemas parciales (28):

— *El control de la primacía del derecho estatal sobre el derecho de los Länder (art. 13)*. Este control era ejercido de forma abstracta por el Tribunal del Reich (*Reichsgericht*). El objeto del control eran las leyes de los Länder pero indirectamente se llegó a situaciones de control de las leyes del Reich.

— *El control de los conflictos constitucionales, sea entre órganos constitucionales o entes regionales (entre el Reich y los Länder o los Länder entre sí)*. Este control era ejercido por el Tribunal de Estado del Reich Alemán (*Staatsgerichtshof des deutschen Reiches*). También existía la previsión de crear tribunales similares en cada uno de los Länder.

---

(27) La coexistencia de estos dos tipos de derechos generó polémicas en el sentido de cómo se deberían interpretar estos derechos de manera conjunta. Schmitt, que concebía el derecho constitucional como decisión, sostenía que la contradicción de estos dos grupos de derechos debía resolverse mediante la opción entre el Estado liberal clásico y la consagración de derechos individuales o el Estado social y los derechos colectivos. Desde su punto de vista, la decisión por parte de la Constitución a favor de un Estado burgués de Derecho inclina claramente la balanza en favor de la primacía de la primera de las opciones en detrimento de la segunda. Heller, uno de los más fervientes defensores del constitucionalismo social, admite que estos dos grupos de derechos suponen orígenes ideológicos distintos. Para Heller, la plasmación en la Constitución de Weimar de derechos sociales supone un acuerdo recíproco entre dos tendencias en pugna: la capitalista y la marxista; la finalidad de la Constitución de Weimar, entonces, es la conciliación entre estas dos tendencias divergentes, «... un acuerdo recíproco orientado al fin de una más justa distribución de riquezas». Vid. CARL SCHMITT: *Verfassungslehre* (1928), trad. de F. DE AYALA: *Teoría de la Constitución* (1934), reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 1982. Sobre el decisionismo en Schmitt puede verse: JOSÉ ANTONIO ESTEVEZ ARAUJO: *La crisis del Estado liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1988. Véase también HERMANN HELLER: «El derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales», en HELLER: *Escritos políticos*, trad. de S. Gómez de Arteche [Prólogo y selección de A. López Pina], Alianza, Madrid, 1985, pág. 271.

(28) Una descripción detallada de estos procedimientos se encuentra en PEDRO CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 71-227.

— *Control difuso de los jueces.* Los jueces controlaban el derecho preconstitucional en virtud de la cláusula derogatoria de la Constitución (art. 178.2). También, aunque de manera difusa, controlaban la primacía del derecho federal sobre el derecho de los Länder. En el transcurso de la vigencia de la Constitución de Weimar se atribuyeron la facultad del control de la constitucionalidad de las leyes. La sentencia que marca y define de manera más relevante esta atribución es la Sentencia del *Reichgericht* de 5 de noviembre de 1925 (29).

Durante la vigencia de la República de Weimar, los poderes constitucionales del presidente del Reich se expanden constantemente. Desde el inicio de la vigencia de la Constitución se interpretan de manera bastante amplia los poderes extraordinarios del presidente en el estado de excepción (art. 48.2). Con el tiempo, estas potestades extraordinarias se interpretaron en el sentido de que el presidente podía legislar en materias económicas en caso de crisis financieras (30).

Por lo que respecta a la reforma constitucional se planteaban dos tipos de problemas distintos. Por un lado, el problema del quebrantamiento (rotura) de la Constitución, es decir, de las decisiones adoptadas por el Parlamento con la

---

(29) La facultad judicial de control constitucionalidad no fue recibida con entusiasmo por muchos de los defensores de la Constitución de Weimar. En la Alemania de la época se veía a la clase judicial como una casta conservadora. En este sentido Heller sostenía en relación a la Sentencia de 1925 que con esta autoatribución judicial, la burguesía había «... logrado por el momento asegurarse eficazmente contra el riesgo de que el poder legislativo popular transforme en social el Estado de Derecho liberal». Frente a este problema, Heller proponía dos soluciones: la renovación de la clase judicial por parte de un gobierno verdaderamente independiente o la reforma constitucional en la que expresamente se prohibiera a los jueces ejercer el control de la constitucionalidad [Heller, Hermann, «¿Estado de derecho o dictadura?», en HELLER: *Escritos políticos*, op. cit., págs. 288-289].

(30) En especial, la polémica sobre la interpretación de las potestades del Presidente se centró en el segundo párrafo del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar: «Si en el Reich alemán, se altera o pone en peligro gravemente la seguridad o el orden público, el presidente del Reich puede adoptar las *medidas necesarias* para el restablecimiento de la seguridad y el orden público, interviniendo en caso necesario con la ayuda de las fuerzas armadas. A este propósito puede suspender temporalmente, total o completamente, los derechos básicos establecidos en los arts. 114, 115, 118, 123 124 y 153». En 1929 Schmitt fue designado por el Gobierno para interpretar el alcance del art. 48. Schmitt sostuvo que en diez años (1919-1929), la naturaleza del estado de excepción y de los decretos de urgencia había cambiado y que el resultado de esta evolución debería considerarse como parte del derecho constitucional alemán. Prácticas gubernamentales, decisiones judiciales y la opinión de la doctrina dominante fundamentaban la extensión de la autoridad presidencial a estados de excepción económicos y financieros. [Este dictamen es citado por JOSEPH W. BENDERSKY: *Carl Schmitt, Theorist for the Reich*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1983, págs. 122-124].

mayoría suficiente para reformar la Constitución y que suponían una excepción en su aplicación en un caso concreto (31). Por otro lado, el problema de las reformas constitucionales tácitas (materiales), heredado de la práctica consolidada bajo la Constitución del Imperio de 1871: la técnica para aprobar una reforma constitucional sin especificar qué parte de la Constitución se reemplazaba.

La doctrina constitucional generada en la época de Weimar constituye un antecedente directo para caracterizar los elementos del fenómeno de la mutación constitucional. Como consecuencia de la inestabilidad de la época, los teóricos de la Constitución centraron buena parte de sus esfuerzos en reflexionar acerca del cambio constitucional e intentaron comprender la relación existente entre la dinámica política y la Constitución escrita. Sus doctrinas constituyeron una reacción frente a los postulados de la Escuela Alemana de Derecho Público, pero los planteamientos de los diferentes autores respondían a presupuestos claramente diferenciados.

Algunos autores como Smend o Heller aprehenden el concepto de mutación elaborado por Jellinek —y sugerido antes por Laband— y lo convierten en un elemento de la teoría de la Constitución. Otros pretenden reformularlo de manera sistemática como hace Hsü Dau-Lin.

### 1. Normalidad y normatividad: Heller

Heller parte de una concepción de la constitución como organización material del Estado. En Heller, la constitución es su sentido total, en el sentido de la ciencia de la realidad, viene a equipararse con la organización del Estado. Representa la cooperación entre individuos y grupos mediante las relaciones gracias a las cuales el Estado alcanza existencia y unidad de acción (32).

En este sentido, coincide con Lasalle al señalar que la constitución material está determinada por las relaciones reales de poder. Sin embargo, para Heller «... esas relaciones reales de poder se hallan en constante movimiento, no obstante lo cual no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado» (33).

---

(31) Sobre el problema del quebrantamiento de la Constitución en la época weimariana se puede consultar a KARL LOEWENSTEIN: *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung* (1931), Scienntia Verlag Aalen, 1968, págs. 164-190 y 233-304.

(32) MANUEL GARCÍA PELAYO: *Manual de derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pág. 87.

(33) HERMANN HELLER: *Staatslehre* (1934), trad. de L. Tobío: *Teoría del Estado*, 7.<sup>a</sup> reimpresión, FCE, México, 1981, pág. 268.

Para poder comprender el funcionamiento constitucional, Heller considera necesario distinguir entre la constitución no normada (normalidad) y la Constitución normada (normatividad) y, dentro de ésta última, entre la normada extrajurídicamente y la normada jurídicamente. Así como el elemento dinámico de la Constitución no puede ser analizado de modo completamente separado del elemento estático, tampoco pueden serlo la normalidad y la normatividad, el ser y el deber ser de la Constitución (34).

La relación entre el ser y el deber ser de la Constitución es recíproca: la normalidad crea normatividad pero, a su vez, la normatividad crea normalidad:

«En realidad, sobre la infraestructura de la Constitución no normada, e influida esencialmente por esta infraestructura, se yergue la Constitución normada formada por normas en la cual, al lado de la tradición y el uso, desempeña un papel peculiar la función directora y la preceptiva, que tienen carácter autónomo y que, con frecuencia, deciden contra lo tradicional» (35).

Formulado en los términos del sistema conceptual de Heller, la norma constitucional puede transformarse de maneras distintas: por el cambio de contenido de los elementos normados no jurídicos (principios constitucionales y principios generales del derecho), o como consecuencia de las mutaciones constitucionales que suponen la superación de los elementos normados por la normalidad.

Heller identifica los elementos normados no jurídicos con los «principios». Según Heller, la ausencia de contenido preciso sería la característica que hace posible que los principios evolucionen y desempeñen una función transformadora dentro de la Constitución.

Heller cita el ejemplo del principio de igualdad ante la ley: todas las Constituciones democráticas lo reconocen expresamente, sin embargo no explican qué es lo que ha de considerarse como igual o como desigual. Así, por lo que respecta a la igualdad política, en algunos sistemas constitucionales se considera que su ámbito de aplicación sólo comprende a los varones, mientras que en otros abarca a las personas de ambos sexos, varones y mujeres.

«El que la permanencia de la norma pueda ser armonizada en el cambio ininterrumpido de la realidad social, de debe, en gran parte, a que la normalidad social que se expresa en los principios jurídicos va transformándose en la corriente imperceptible de la vida diaria. Mediante la evolución gradual de los principios jurídicos puede suceder que, no obstante permanecer inmutable el texto del precepto jurídico, su sentido experimente una completa revolución,

---

(34) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 269.

(35) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 271.

aunque quede salvaguardada la continuidad del derecho ante los miembros de la comunidad jurídica» (36).

Para Heller, la normatividad del sistema constitucional está intentando constantemente adecuarse a la normalidad. Cuando esta operación tiene éxito, se preserva la continuidad del ordenamiento. Sin embargo, puede suceder que la normalidad no sea incorporada ni por las normas no jurídicas (principios) ni por lo normado jurídicamente y que se mantenga en oposición a ellos. Es decir, la normatividad puede perder su capacidad normalizadora y el uso social —la realidad no normada—, puede revelarse más fuerte que la norma estatal. La relativa frecuencia de este fenómeno es lo que explicaría la atención que la doctrina y en especial la Escuela Alemana de Derecho Público (Jellinek) ha prestado a las mutaciones constitucionales que ocurren al margen de la norma constitucional. Sin embargo, para Heller la mayoría de estos estudios se pierden en los detalles y omiten las grandes transformaciones globales (37).

## 2. *La mutación constitucional como elemento de un concepto ambivalente de Constitución: Smend*

### 2.1. *El Estado como integración espiritual*

Smend crea una teoría dinámica de la Constitución proponiendo una nueva formulación tanto de la Filosofía del Estado como de la Teoría del Estado. Pretende romper con las doctrinas dominantes de su época en Alemania. Por una lado, las teorías formalistas de autores como Jellinek o Kelsen, y por el otro las de quienes tenían un punto de vista «realista» como Max Weber, a quienes considera Smend, en general, poco clarificadores. En ambos casos se deja de lado la dependencia de todo lo jurídico-político respecto de la Filosofía del Estado (38). Según Smend, la historia de la Filosofía del Estado demuestra «... que con mucha frecuencia los resultados concretos que han perdurado a lo largo del tiempo son inversamente proporcionales al esfuerzo teórico y metodológico empleado» (39). Y con la teoría de Kelsen la Teoría del Estado alcanza su punto cero: «... además ha destruido todo lo que

(36) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 277.

(37) HERMANN HELLER: *Teoría del Estado*, op. cit., pág. 278.

(38) RUDOLF SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*, (1928). Se ha consultado la trad. de JOSÉ M.<sup>a</sup> BENEYTO PÉREZ: *Constitución y Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 46. Sobre la teoría constitucional de Smend puede consultarse a PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, Tecnos, Madrid, 1987.

(39) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 47.

se ha alcanzado ahora en la Filosofía del Estado y no ha aportado nada a la Teoría jurídica del Estado» (40).

Sólo puede concebirse la idea del Estado como flujo circular, como una tensión dialéctica individuo-sociedad que no puede ser entendida ideológicamente sino que sólo puede ser descrita. La íntima realidad del Estado, a partir de la cual se definen el concepto y el objeto de la Constitución, la constituye el ser un ámbito parcial de la realidad espiritual (41). En este sentido, «el Estado no es un fenómeno natural que deba ser simplemente contrastado, sino una realización cultural que como tal realidad de la vida del espíritu es fluida, necesitada continuamente de renovación y cambio, puesta continuamente en duda» (42).

El Estado debe ser estudiado por las ciencias del espíritu, debido a que es una realidad espiritual. El individuo forma parte de esta realidad espiritual. El Estado, sin embargo, no puede construirse partiendo del individuo y yendo de lo particular a lo general, sino que debe concebirse como una relación que se crea retroalimentándose. Es una relación dinámica de reflujo mutuo.

El Estado para Smend no es algo material y estático. Las formas espirituales colectivas, como el Estado, no constituyen sustancias estáticas sino una unidad de sentido de la realidad espiritual, esto es, actos espirituales (43). La «integración» es el núcleo esencial de la dinámica del Estado que

(40) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, loc. cit. En *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung* (1930), Kelsen rebate las objeciones de Smend a la Teoría Pura del Derecho. [*El Estado como integración. Una controversia de principio*, trad. y estudio preliminar de J. A. García Amado, Tecnos, 1997].

(41) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 56. Cuando Smend habla del espíritu (*Geist*) o de las ciencias del espíritu (*Geistwissenschaften*), se refiere más bien a «lo humano» y a «las ciencias humanas», aunque desde un punto de vista muy especial. Dentro de una tendencia filosófica alemana se distingue entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Las primeras serían las ciencias naturales y las segundas ciencias sociales o humanas. Sin embargo, el optar por referirse específicamente al «espíritu» o a las «ciencias del espíritu» significa una concepción muy concreta. El espíritu es concebido como una realidad viviente, viva, como una totalidad compleja que se opone a lo estático y a lo simple. El espíritu no es solo el ser humano sino una idea dinámica de él en constante interacción con su entorno. Así, la noción que Smend aprchende de Th. Litt supone que el único modo de comprender a la persona «... es integrarla al mundo concreto, es decir, en analizarla en relación al conjunto de actuaciones y reacciones que establecen entre ella y su ubre histórico cultural en la cual se define (...) Mundo y persona se hacen y se construyen en la medida que, a través de un proceso histórico en evolución se integran». Vid. voces «Espíritu, espiritual» y «Th. Litt», en J. FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía*, vol. 2, págs. 1013-1020 y vol. 3.

(42) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 61.

(43) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 62.

consiste en la constante renovación de un complejo número de sus manifestaciones (44).

Lo anterior es la clave de la realidad estatal, que es la única posible frente a las alternativas existentes (45). Así, el individuo es el núcleo constitutivo del Estado pero su vinculación sólo puede ser explicada partiendo de su naturaleza dialéctica. La realidad estatal no puede explicarse aisladamente desde el individuo o sobre la base de una noción finalista del Estado.

Otra dificultad deriva del carácter ambiguo de la realidad estatal que, por un lado, contribuye a la realización de los valores del espíritu y por el otro a la realización del derecho estatal.

Estos dos elementos son inseparables desde un perspectiva filosófico estatal:

«El derecho constitucional es únicamente una positivización de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu, y, por tanto, no se entiende sin aquellas, y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivización jurídica» (46).

La integración se da según modelos estructurales distintos. Esto lleva a Smend a distinguir tres tipos diferentes de procesos de integración estatal que no tienen lugar de forma aislada sino que se complementan entre sí: integración personal, integración funcional e integración material. La integración personal es aquel proceso de integración determinado por el líder o el caudillo, la burocracia política o las élites políticas. La integración funcional esta conformada por aquellas «... formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo» (47). Por último, existe una integración material. Esta, según Smend, podría estar conformada por los objetivos comunes que justifican la existencia del Estado. La integración material se puede relacionar con las teorías de los elementos del Estado en su contenido simbólico. En este sentido, el territorio y la historia común son elementos de la integración material; no en el sentido en que los concebía la teoría de los elementos del Estado, sino como variables interdependientes y dinámicas (48). En

(44) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., págs. 62-63.

(45) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 64.

(46) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 66.

(47) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 78. Los únicos estudios que Smend considera que se han ocupado de la integración funcional son los de la psicología social. Las marchas militares, las manifestaciones masivas, las elecciones, el Parlamento son, para Smend, formas espirituales de integración funcional. La eficacia integradora de todos estos elementos se halla condicionada por la existencia de una comunidad de valores y de la participación interesada en el proceso integrador.

(48) Kelsen resalta los problemas que presenta la teoría de la integración en Smend, especialmente en relación a la definición de los modelos específicos integración que podría entrever



general, concluye Smend, toda dinámica estatal forma parte del sistema de integración.

## 2.2. *La Constitución como constante mutación*

Esta nueva visión de la Teoría del Estado como integración, lleva a Smend, obviamente, a formular de manera diferente el concepto de Constitución.

Según Smend, la Constitución se ha entendido tradicionalmente de dos formas distintas. Por un lado, está la visión estática, que concibe a la Constitución como la regulación de los órganos del Estado y el estatus del individuo frente a él. Por el otro, la concepción de la Constitución como producto de una ley física en sentido lasalleano: la Constitución como suma de las fuerzas reales de poder frente a la que despectivamente es llamada «hoja de papel» (49).

Smend considera que estas dos concepciones de Constitución, en principio contrapuestas, no dan una idea global de lo que ésta significa y cree más acertadas aquellas ideas que acercan el concepto de Constitución al de movimiento.

Según Smend, el problema de las «mutaciones constitucionales» (50) es planteado por primera vez por Jellinek, desde un punto de vista lasalleano cuando «descubre» que el problema de la mutación constitucional surge de la incapacidad de las normas jurídicas de dominar de un modo efectivo la distribución del poder político.

Es curioso que, para Smend, la visión de Jellinek sirva como ejemplo de dos concepciones contrapuestas de la Constitución: de la noción positivista como organización formal del Estado por un lado, y de una concepción de matriz lasalleana que pone el acento en la contraposición entre la «hoja de papel» y las fuerzas reales de poder por otro. Todo esto pone de manifiesto la existencia de aspectos contradictorios en la teoría del Estado y de la Constitución de Jellinek.

---

una cierta aproximación ideológica al fascismo [*El Estado como integración. Una controversia de principio*, op. cit., pág. 95].

(49) Vid. FERDINAND LASSALLE: *¿Qué es una constitución?* (1862) [estudio preliminar de E. Aja], Ariel, Barcelona, 1984, pág. 99.

(50) El traductor de la versión castellana hace una traducción literal del término «*Verfassungswandlung*» que hace equivaler a «transformación de la Constitución». Este dato podría confundir a los lectores pues, a pesar de que el término que se utiliza en la traducción es literalmente fiel, no es el equivalente a su traducción más común que es la de «mutaciones constitucionales». Sobre el problema de la traducción del término «*Verfassungswandlung*» ver la Introducción de Pedro Cruz Villalón a la traducción de los escritos de Hesse [KONRAD HESSE: *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. xxvi, n. 60].

Según Smend, ninguno de los puntos de vista antes indicado es válido:

«Cualquier ciencia del espíritu que atienda únicamente al criterio vitalista y organicista siguiendo la metodología monista propia de las ciencias de la Naturaleza o que, por el contrario, se ocupe exclusivamente del contenido atemporal o ideal, como hace la lógica de normas de la Escuela de Viena [Kelsen], no llega a captar la verdadera naturaleza del objeto; hay que considerar el objeto, por el contrario, en toda su ambivalencia, como estructura orgánica ideal, desde la perspectiva de un pensamiento que abarque ambas dimensiones» (51).

En consecuencia, se debe concebir la Constitución como una unidad, como un fin en sí mismo y a la vez como una estructura compleja. La Constitución es la plasmación legal o normativa del proceso de integración estatal. Es la ordenación jurídica del Estado a la vez que es la dinámica total en que se desarrolla la vida del Estado. En cuanto norma, la Constitución es una barrera sólida de contención de las fuerzas sociales en perpetua ebullición. Smend, sin embargo, aclara que la Constitución no puede prever ni regular todos los aspectos de la vida estatal. La dinámica estatal está generando constantemente situaciones no previstas expresamente en las normas constitucionales (52).

«Por su propia naturaleza la Constitución no tiende, así pues, a regular su- puestos concretos, sino a abarcar la totalidad del Estado y la totalidad del pro- ceso integrador. Y es esta misma finalidad la que no sólo permite sino que incluso exige del intérprete constitucional una interpretación extensiva y flexible, que difiere en gran medida de otras formas de interpretación jurídica» (53).

Todo esto significa que la Constitución al regular el proceso de integración genera los elementos de su propia «mutación». Este proceso de integración se tiende a completar por medio de la creación espontánea de elementos políticos muy diversos, como partidos políticos, asambleas etc. Al mismo tiempo que esta integración se completa con la configuración de otras formas políticas, las instituciones jurídicas desarrollan una dinámica propia por la que se autotrans- forman y complementan. Así, Smend sostiene «que lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme ca- pacidad autotransformadora supletoria de sus lagunas» (54).

«Una comprensión global de la regulación y de los fines constitucionales, de su sistema integrador, pero también de su intencionalidad objetiva, sola-

---

(51) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 131.

(52) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 133.

(53) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 134. Sin embargo, para Smend, esta capacidad del interprete constitucional no debe estar expresamente formulada en el texto constitucional.

(54) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 134.

mente es posible si se atiende a esta capacidad de transformación [mutación] y supletoria, a sus consecuencias en orden a la transformación efectiva y a la interpretación extensiva de las normas que componen el propio sistema que la Constitución instaura» (55).

En la Teoría Constitucional smendiana el Estado es integración. La Constitución es el ordenamiento jurídico de la integración. La norma constitucional no lo pretende abarcar todo, pero es un elemento controlador de las fuerzas sociales que están en constante cambio. Por tanto, a diferencia de la interpretación jurídica ordinaria, la interpretación constitucional debe ser flexible —permisiva— debido a la naturaleza expansiva y elástica de las normas constitucionales. Smend considera que la Constitución misma contiene los elementos para su propia transformación por vía de la mutación constitucional.

### 2.3. *Integración e interpretación constitucional*

El carácter autotransformador de la Constitución pone de relieve los rasgos que diferencian el derecho político (Staatsrecht) y el derecho administrativo.

Para Smend, el problema central del derecho político es el de la totalidad estatal. Por tanto desde su perspectiva es importante comprender e interpretar la Constitución en su sentido global y, en consecuencia, es preciso esforzarse en delimitar su contenido real y en determinar el método a seguir para su correcta interpretación. Para establecer el ámbito que abarca la Constitución habrá que determinar cuáles son los elementos que distinguen al derecho político del derecho administrativo. Esta distinción se tiene que hacer desechando la vieja idea del derecho público alemán según la cual el derecho político estudiaría la parte estática del Estado y el derecho administrativo, su parte dinámica. El problema está en su objeto: mientras que el derecho político es un derecho esencialmente integrador, el derecho administrativo es un derecho técnico.

«La idea fundamental que guía a las normas de Derecho Político es la interacción integradora y las instituciones de las funciones estatales para formar así la vida estatal en su conjunto, y la de las normas de derecho administrativo, deber ser la administración en sí, la consecución técnica de sus fines concretos que siempre atañerán a la propiedad» (56).

La distinción entre lo que es el derecho político y lo que es el derecho ad-

(55) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 134.

(56) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 194.

ministrativo es importante también porque cuando se interpreta una norma jurídica, esta interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el todo al que pertenece. Se interpreta mal un precepto y, por tanto, no se le hace justicia, cuando existe un error referente a la totalidad a la que pertenece.

Para Smend «el método formalista prescinde en este punto de una fundamentación consistente en una teoría del Estado basada en las ciencias del espíritu, de una teoría que trate de la esencia material concreta de su objeto como punto de partida para el trabajo jurídico» (57). «De este modo —sostiene Smend— se trocea el derecho constitucional en un conglomerado de normas y de institutos particulares que son incluidos bajos los esquemas generales usuales al ser estudiado su contenido según el grado de poder jurídico-formal y según las obligaciones formales que contienen» (58).

Esto hace que se prescinda de las diferencias que existen entre las normas de distinto ámbito jurídico. Smend propone, por el contrario, que lo que debe hacer el interprete constitucional es considerar la Constitución como un todo, desde el preámbulo hasta el final. A partir de este planteamiento se formula las que deberían ser las reglas generales de interpretación constitucional:

a) Los hechos particulares del derecho político no deben ser considerados en sí mismos y de forma aislada, sino como elementos pertenecientes a un momento significativo que cobra vida a través de ellos, como elementos pertenecientes al todo funcional de la integración. Por ejemplo, no se debe equiparar la jurisdicción estatal (conflictos de competencia) con la jurisdicción civil o administrativa. Y no debe hacerse, porque, por ejemplo, el control del *Reich* sobre los *Länder* no es de la misma especie que el control que tiene el *Reich* sobre los entes locales.

b) Las diversas normas de derecho político constituyen, tomadas en su conjunto, el sistema del contexto integrativo, del cual se deriva un valor distinto de cada una de ellas y por tanto, una diferencia de rango. Así, para Smend, dentro de la Constitución existen normas de distinta importancia de las cuales las que expresan principios serían las de más alto rango. Por ejemplo, para Smend es una cuestión que atañe al derecho el determinar si el sistema parlamentario debe ser considerado como un principio constitucional de primer o segundo orden dentro de la Constitución del *Reich*.

c) La viabilidad es una característica central de la Constitución y también lo es, por tanto, la posibilidad de su mutación. Esta mutación puede afectar a elementos externos a la Constitución formal, pero que impliquen alteración en

---

(57) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 197.

(58) SMEND: *Constitución y derecho constitucional*, op. cit., pág. 194.

su funcionamiento, como serían las transformaciones de los partidos políticos. O puede afectar a la misma Constitución en el sentido de llegar a modificar gradualmente la relación de rango y peso que se establece entre los distintos factores, instituciones, y normas constitucionales. Este tipo de cambio informal no está sometido a las condiciones que se exigen para la creación del derecho consuetudinario. Ello se debe al propio carácter de la Constitución, que regula constantemente el sistema integrativo que responde a su orientación.

En general, se pueden extraer dos ideas dominantes de la teoría de la interpretación smendiana: la idea de movimiento como parte del concepto de Constitución —y, por tanto, como elemento que se debe tener en cuenta cuando se interpreta—, y la idea de globalidad. Se debe tener la conciencia permanente de que cada elemento pertenece a un todo y de que sólo puede entenderse completamente por referencia a esa globalidad a la que pertenece. Es decir, los detalles solo pueden ser entendidos a partir de la visión de conjunto. Para Smend, una de las causas por las que se abusó de los poderes dictatoriales previstos en el art. 48 de la Constitución de Weimar fue su interpretación fragmentada. El no haber interpretado el artículo 48 en su conjunto, a la vez que englobado dentro de la Constitución de Weimar produjo serias dificultades en su aplicación.

### 3. *Un testigo de excepción: Hsü Dau-Lin*

Tal vez la monografía más importante que se ha escrito sobre mutaciones constitucionales es la que elaboró Hsü Dau Lin en la época de Weimar. Lo exótico que resulta que un jurista chino, de educación oriental, aterrice en la época de Weimar le añade un motivo adicional de curiosidad a su obra. Hsü, bajo la guía de Smend, hace un trabajo en el que sintetiza, sistematiza y completa todos los trabajos conocidos sobre mutación constitucional que se habían producido hasta esa época (59).

#### 3.1. *Definición y supuestos de la mutación constitucional*

Para definir las mutaciones constitucionales, Hsü estudia las distintas relaciones que pueden existir entre las normas constitucionales y la realidad. La

---

(59) Hsü Dau-Lin expresa su impresión como un observador externo al derecho occidental cuando sostiene que lo más difícil que se encontró fue el entender que el derecho emana de las reglas y no de los hombres como se suponía que era en oriente. v. HSÜ DAU-LIN: «Formalistischer und antiformalistischer Verfassungsbegriff», *Archiv des öffentlichen Recht*, XXII, n. 1, 1932, pág. 28.

primera posibilidad consistiría en una plena congruencia entre la norma constitucional y la realidad. Este primer supuesto puede responder a dos dinámicas distintas: que la realidad siga lo marcado por la norma, lo que supone la vigencia plena del derecho constitucional, o que la norma constitucional siga a la realidad como ocurre cuando se modifica formalmente la Constitución (60).

La segunda posibilidad consiste en la existencia de una disociación entre la norma constitucional y la realidad. Este es el núcleo de lo que caracteriza la mutación constitucional para Hsü Dau Lin: la mutación constitucional (*Verfassungswandlung*) es definida como una incongruencia entre las norma constitucional y la realidad. Es un fenómeno que, por sus características, es observable especialmente en constituciones de reforma agravada (61).

De acuerdo con la relación entre la norma constitucional y la realidad, pueden existir cuatro supuestos de mutaciones constitucionales: la mutación constitucional por medio de una práctica estatal formal que no viola la Constitución (*a*); la mutación constitucional por imposibilidad del ejercicio de determinadas atribuciones descritas en la Constitución (*b*); la mutación constitucional por medio de una práctica constitucional contraria a la Constitución (*c*); y la mutación constitucional por medio de la interpretación de la Constitución (*d*) (62). La clasificación de Hsü tal vez sea algo inexacta y no es difícil que los distintos supuestos se solapen o se confundan en algunos casos. Sin embargo, la gran aportación de Hsü es haberse preocupado de estudiar específicamente las mutaciones constitucionales frente a los que sólo se refieren al concepto de manera genérica como parte del concepto de Constitución —como hace Smend— o los que descubren su existencia y muestran su perplejidad frente a ella —como Laband o Jellinek.

A continuación se estudiarán de manera más detallada los supuestos antes mencionados:

*a*) Mutación constitucional por medio de la práctica estatal que no viola la Constitución: en este supuesto, no se deja de observar una norma constitucional sino que surgen relaciones jurídicas no previstas o no reguladas en las prescripciones constitucionales. Para describir esta modalidad, Hsü utiliza tanto los ejemplos sugeridos por Laband como por Jellinek. Así, se refiere a casos de mutaciones constitucionales fuera de las normas constitucionales con ejemplos de la época del Reich alemán. La existencia del vicescanciller del Reich, no previsto por la Constitución y al que se le conferían todas las

(60) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter & Co, Berlín y Leipzig, 1932, pág. 20.

(61) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 17.

(62) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 19.

atribuciones y responsabilidades del canciller, constituye uno de esos ejemplos (63).

Para Hsü la interrogante que plantea este tipo de supuesto es si se puede deber a una laguna de la Constitución. Es decir, si existen o no lagunas constitucionales. Hsü parte de la idea smendiana de que la Constitución es la regulación del Estado en cuanto totalidad, a la vez que una regulación de carácter general. Para Hsü la noción de laguna constitucional se infiere de un concepto formalista de Constitución. Quienes conciben la Constitución como una unidad espiritual de sentido, tal como él lo hace, no pueden sostener, en principio, la existencia de tales lagunas constitucionales. Para Hsü: «... lo que se pone de manifiesto con la teoría de las lagunas constitucionales es la total desesperación formalista, el resultado del desconocimiento del contenido espiritual de la Constitución: al no tener en cuenta la sistematicidad de la Constitución sus párrafos quedan reducidos necesariamente a prescripciones aisladas» (64).

Por esto Hsü considera que la teoría de las lagunas constitucionales adolece de insuficiencias y critica la relación que Jellinek establece entre las lagunas constitucionales y la mutación de la Constitución. Para Hsü, los casos de mutación constitucional por medio de la praxis que no viola la Constitución no son supuestos de lagunas constitucionales. En estos casos la mutación surge por la existencia de una nueva situación jurídica que no corresponde al sentido de la Constitución. No se modifica un determinado artículo de la Constitución, sino un principio de la Constitución resultante del sistema general de normas constitucionales.

b) Mutaciones constitucionales por la imposibilidad de ejercicio de determinadas atribuciones previstas constitucionalmente: una mutación constitucional puede ser causada por la imposibilidad, en muchos casos sobrevenida, del ejercicio de atribuciones de poder que constituyen el contenido de determinadas prescripciones constitucionales. Las potestades que determinadas normas atribuyen a los poderes decaen a causa de la imposibilidad de su ejercicio y los artículos correspondientes de la Constitución dejan de responder a la realidad jurídica (65). Hsü encuentra ejemplos de este tipo de mutaciones en la práctica constitucional francesa, como el desuso del derecho de disolución de la cámara por parte del Presidente de la República francesa (66) y la conside-

---

(63) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 22. Ver también LABAND: *Die Wandlungen der deutschen Reichverfassung*, op. cit., pág. 589.

(64) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 54.

(65) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 59.

(66) En 1873 la Convención Constituyente eligió al monárquico Mac-Mahon como primer presidente de la III República Francesa. Mac-Mahon, al encontrar problemas para gobernar con

ración de que el Presidente no era reelegible, a pesar de no estar prohibida expresamente su reelección en las Leyes Constitucionales de 1875.

Para analizar este tipo de mutaciones constitucionales Hsü se cuestiona si la no aplicación de una norma determina su pérdida de vigencia. Para Hsü, desde el punto de vista de la realidad jurídico material, una norma que ha perdido su vigencia (*Geltung*) social no tiene existencia material. Por ello se cuestiona si puede ser antijurídica o inconstitucional la aplicación de una norma formalmente existente que ha devenido obsoleta. Su respuesta es afirmativa y utiliza en apoyo de su tesis el ejemplo del desuso de la potestad de disolución de la cámara baja en la III República Francesa. Para Hsü pretender aplicar esta norma sería antijurídico a pesar de su existencia formal.

c) Mutación constitucional por medio de una práctica estatal contraria a la Constitución: para Hsü una mutación constitucional puede ser causada por una praxis estatal que esté en clara contradicción con la letra de la Constitución, sea por lo que él denomina «revisión material» de la Constitución (*materielle Verfassungsänderung*) o, por medio de la legislación ordinaria (leyes o reglamentos internos de los órganos estatales superiores).

Las revisiones materiales de la Constitución son definidas como leyes aprobadas por el procedimiento de revisión pero que no modifican el tenor literal de la Constitución.

En general, Hsü indica que el problema de las reformas materiales de la Constitución ha sido un problema fundamentalmente del derecho alemán. La cuestión doctrinal consistió, según este autor, en definir qué era exactamente una «revisión constitucional», en particular, si como requisito de su existencia se entendía que debía haber una expresa sustitución del texto constitucional que se pretendía modificado.

Hsü entiende que son necesarios dos requisitos para que se dé un reforma material de la Constitución: la observancia de los procedimientos agravados prescritos para la reforma constitucional y la ausencia de modificación expresa del texto constitucional. El primer requisito exige, en el caso de la Constitución

---

una cámara de mayoría republicana, la disuelve con la autorización del Senado según lo establecía la Ley Constitucional de 25 de febrero de 1875 (art. 5). En las elecciones siguientes triunfan nuevamente los republicanos y, dos años más tarde, Mac-Mahon se ve obligado a dimitir cuando la mayoría republicana llega al Senado. A Mac-Mahon lo reemplaza Grèvy, un republicano, partidario de la reducción de los poderes presidenciales, el cual se abstiene de ejercitar las facultades presidenciales de vetar leyes o disolver el parlamento. Esta actitud dio lugar a la llamada *Constitución Grèvy* en virtud de la cual ningún Presidente volvió a ejercitar esta atribución frente a las cámaras.



de Weimar, que la decisión sea aprobada por una mayoría cualificada. Hsü no distingue entre el supuesto de que la revisión constitucional modifique sólo para un caso concreto el texto o lo haga de forma general. Para él ambos casos suponen una mutación de la Constitución (67).

Para Hsü existen tres tipos distintos de cambios materiales de la Constitución. El primero se da cuando la ley se aprueba por mayoría cualificada y se señala expresamente en la publicación de la misma (68). El segundo supuesto es el de cambio material tácito. Se da cuando se observa conscientemente el proceso prescrito para la reforma de la Constitución, pero la ley, cuando se publica, no contiene una cláusula que lo ponga expresamente de manifiesto. La doctrina admite la validez de este tipo de leyes porque no hay ninguna norma que indique que el cambio constitucional debe ser expreso (69).

Un tercer supuesto de reforma material de la Constitución consistiría en que el contenido de la ley esté en contradicción con la Constitución, esta contradicción no se haya constatado en el proceso de su elaboración, pero en cambio la ley se aprueba con la mayoría necesaria para reformar la Constitución. La mayoría de la doctrina consideraba que este tipo de modificación de la Constitución no era válida. También Hsü, siguiendo en parte el criterio de Jellinek, considera que para que sea válida una reforma de la Constitución es necesario que exista la voluntad de reformarla.

De acuerdo asimismo con Hsü una determinada disposición constitucional puede ser transformada por la legislación ordinaria, siendo más probable este fenómeno donde no existan controles de la constitucionalidad de las leyes: «allí donde la ley que está en contradicción con la Constitución puede regir de modo inimpugnable a falta de instancias especiales para la comprobación de la constitucionalidad de las leyes» (70).

Como ejemplos de mutaciones constitucionales de este tipo Hsü vuelve a recurrir a supuestos analizados por Laband como es el caso de la *Cláusula de Frankenstein*, que, siendo una ley ordinaria, cambió radicalmente el sistema financiero establecido en la Constitución del Reich de 1871.

d) Mutación constitucional por medio de la interpretación constitucional: para Hsü una mutación constitucional puede llevarse a cabo por medio de la interpretación, es decir, «... cuando las prescripciones constitucionales son interpretadas de acuerdo con las cambiantes concepciones y necesidades de la época, sin atenerse al tenor literal de la Constitución o sin tener en cuenta el

---

(67) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 67.

(68) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 70.

(69) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., págs. 73-77.

(70) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 31.

sentido con el que dotó originalmente el legislador constitucional a las normas en cuestión» (71).

Como ejemplo de mutación a través de la interpretación constitucional, Hsü se refiere a lo ocurrido con la Ley Fundamental austríaca de 1867. Según esta Constitución los jueces no estaban facultados para controlar la validez de las leyes, pero sí la legalidad de los reglamentos. Y la Constitución solo distinguía entre ley y reglamento. En la práctica se quiso sustraer los reglamentos imperiales al control judicial. Para ello se sostuvo la siguiente interpretación: la palabra «reglamentos» del artículo 10.3 de la Constitución (que establecía el control judicial de la legalidad) se refiere sólo a los reglamentos ordinarios y no a los reglamentos dictados por el emperador de acuerdo al artículo 14.

Sin embargo, Hsü recalca que ha sido en los Estados Unidos donde la evolución constitucional a través de la interpretación ha tenido más importancia, dada a la capacidad que tienen los jueces de controlar la constitucionalidad de las normas y la enorme dificultad del procedimiento de reforma constitucional.

### 3.2. *La justificación de la mutación constitucional*

Ya por la época en que Hsü escribe su obra existían intentos de explicar las mutaciones desde distintos puntos de vista. Algunas veces, estos intentos consistían en importar conceptos generados en otros sistemas políticos y aplicarlos directamente al derecho constitucional continental. Hsü intenta rebatir algunas de las explicaciones globales que se dan del fenómeno de mutación constitucional: la visión de las mutaciones constitucionales como un problema (punto de vista mantenido tanto por Jellinek como por Laband); la consideración de las mutaciones constitucionales como una forma de derecho consuetudinario; la visión de las mutaciones constitucionales como reglas convencionales o la visión de las mutaciones constitucionales como simples supuestos de hecho que lesionan la Constitución.

Ver la mutación constitucional como un problema es característico de aquellos autores que se percatan de la existencia de una disociación ente la norma y la realidad constitucional. Para teóricos como Laband o Jellinek, la mutación constitucional significa una quiebra del principio positivista en el ámbito de las normas constitucionales. Esta concepción resulta demasiado estrecha para comprender el fenómeno de las mutaciones constitucionales. Para Hsü, las mutaciones constitucionales no deben generar una crisis de la convic-

---

(71) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 80.

ción jurídica tal como ocurre en el Laband o Jellinek, sino todo lo contrario, ya que son parte del concepto de Constitución (72).

Otra forma de explicar las mutaciones constitucionales consiste en utilizar el concepto de «costumbre». Hsü critica la pretensión de reconducir el problema de la mutación constitucional a este concepto utilizado con frecuencia por la doctrina francesa de la época para explicar y justificar los cambios no formales de la Constitución (73). Para Hsü el intento de retrotraer el problema de la mutación constitucional a una cuestión de derecho consuetudinario se explica por el traspaso de las categorías del derecho privado al ámbito del derecho público que tuvo lugar en la doctrina positivista alemana. Sin embargo, por un lado, en muchos casos no se da el fenómeno de una observancia prolongada en el tiempo, elemento que es indispensable para conformar la costumbre; por otro, tampoco tiene el mismo efecto el reconocimiento del carácter consuetudinario de una mutación constitucional por parte de una instancia judicial que el que tiene en el derecho privado.

Hsü critica también el intento de parte de la doctrina constitucional de explicar las transformaciones de la Constitución por medio de la importación de la categoría utilizada en Inglaterra para describir el derecho constitucional no escrito: las «convenciones constitucionales». Sus críticas se centran principalmente en Hatschek (74) que fue quien con más fuerza defendió la introducción de este concepto en el derecho constitucional alemán. Para Hsü la convención constitucional no era una categoría exportable al derecho constitucional europeo porque partía de premisas que se daban exclusivamente en el sistema constitucional británico. Lo mismo sucede con la utilización de la categoría de los *Usages of the Constitution* elaborada por la doctrina americana (75).

(72) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., págs. 97-100.

(73) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., págs. 101-119, v. nota 20.

(74) JULIUS HATSCHKEK: «Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht», op. cit.

(75) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., págs. 120-142. Entre los autores norteamericanos que describen los usos constitucionales en Estados Unidos se pueden destacar a Tideman, Wilson y Mac-Bain. Tideman (*The Unwritten Constitution of the United States*, 1890) destaca los usos constitucionales más importantes en el marco de la Constitución de la Unión americana como son la función real de los colegios electorales en las elecciones presidenciales o la limitación en la reelección del presidente de la Unión. Por la misma época aparece la obra de WILSON (*Congressional Government*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1885) que describe la desnaturalización del sistema presidencial a través de los usos parlamentarios. MAC-BAIN (*The Living Constitution. A Consideration of Realities and Legends of our Fundamental Law*, Nueva York, 1928) acuña el término de «Living Constitution» que a partir de ese momento se utilizará por autores tanto americanos como europeos para describir el fenómeno de la dinámica constitucional.

Otra forma de entender las mutaciones constitucionales era verlas como lesiones a la Constitución. Según Hsü, este es el punto de vista adoptado por la doctrina constitucional francesa, en especial por Hauriou, que ve las mutaciones constitucionales como hechos, como «falseamientos de la Constitución», despojados de toda validez jurídica. Esta opinión de la doctrina francesa era el resultado del positivismo místico del que se hallaba impregnado el iuspublicismo francés desde los tiempos de la Revolución francesa. Hsü rechaza la idea de considerar la mutación de la Constitución como simple supuesto de hecho ya que él, al igual que Smend, la considera como componente de una noción dinámica de Constitución (76).

### 3.3. *La mutación constitucional como elemento de la teoría de la Constitución*

Después de haber examinado las distintas explicaciones de la mutación desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, Hsü afirma lo siguiente:

«(...) la mutación constitucional no es ni quebrantamiento de la constitución (*Verfassungsbruch*) ni simple regla convencional sino que es derecho. Es derecho aunque no concuerde con el tenor literal de la ley, es derecho aunque no pueda ser captada ni conceptuada con los conceptos y construcciones jurídicas formales: su fundamento jurídico reside en la singularidad valorativa del derecho constitucional, en la llamada necesidad política, en las exigencias y manifestaciones de vitalidad del Estado que se realiza y se desarrolla a sí mismo» (77).

La idea central de Hsü es que para entender la naturaleza de la mutación constitucional hay que entender primero el sentido y la naturaleza de la Constitución en sí misma, para lo que se sirve especialmente de la teoría de la Constitución smendiana: la mutación constitucional debe entenderse como producto de la unidad de sentido que es el Estado y el carácter evolutivo de su realidad vital.

---

(76) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., págs. 143-151. Es cierto que Hauriou se explicaba «falseamientos de la Constitución» algunas prácticas políticas surgidas durante la III República francesa, pero no por ello se le debe considerar como un autor «embebido de un positivismo místico» como lo hace Hsü. Hauriou defendía junto con otros autores de la época la vigencia consuetudinaria de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. MAURICE HAURIUO: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2.ª ed., trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Editorial Reus, Madrid, s.f. ver t. n. 20.

(77) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 164 .

La mutación constitucional es resultado de la triple especificidad de la Constitución: la incompletud y elasticidad de las normas constitucionales; las peculiaridades del Estado como objeto de regulación jurídica y la falta de una instancia superior que garantice su existencia.

Partiendo de la doble naturaleza de la Constitución en sentido formal y en sentido material, Hsü infiere la existencia de una doble posibilidad de mutación constitucional: la mutación constitucional en sentido formal (*Verfassungswandlung im materiellen Sinne*) y la mutación constitucional en sentido material (*Verfassungswandlung im formellen Sinne*).

La mutación constitucional formal o mutación de la letra de la Constitución se da cuando las normas positivas de la Constitución escrita dejan de ser congruentes con la situación constitucional efectiva, cuando existe una diferencia entre el derecho constitucional escrito y el efectivamente vigente (78).

Por otro lado, la mutación constitucional material tiene lugar cuando se desarrollan relaciones jurídicas en la realidad vital del Estado que están en contradicción con el sistema encarnado en la Constitución (ya estén estas relaciones fijadas por normas o únicamente imbricadas en su sentido). Puede ocurrir, según Hsü, que un instituto jurídico no corresponda a la Constitución, o puede que lleguen a ser realidad relaciones efectivas incongruentes con la intención declarada en las normas constitucionales (siendo indiferente si esta realidad está en directa contradicción con determinadas normas constitucionales o si no se desprende del tenor literal de la Constitución) (79).

Es así como Hsü llega a la conclusión de que:

«... Hay por un lado mutaciones constitucionales que la Constitución permite y exige: son los complementos y desarrollos del sistema de sentido contenido en ella idealmente; y hay, por el otro, mutaciones constitucionales que la Constitución ni quiere ni desea, pero que no pueden ser impedidas ni controladas por ella: son las mutaciones de su sistema de sentido o de algunas intenciones expresas o instituciones normadas en el sistema. Todas estas mutaciones siguen, sin embargo, su propio camino, su propio proceso, son constelaciones de la política práctica y de la vida estatal real; es decir, no dependen de si las normas o institutos jurídicos que experimentan la mutación sean concebidos como rígidos o elásticos, o sea, como resistentes o como dispuestos a la mutación. La explicación de ambos tipos de mutación constitucional es una y la misma: se fundamentan en la unidad de valores del derecho constitucional; en la incompletud de las normas constitucionales respecto de las necesidades vita-

(78) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 167.

(79) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 167.

les del Estado y su normación elástica, en la naturaleza de fin en sí mismo del Estado, en la autogarantía de la Constitución y la imposibilidad de control de los órganos supremos del Estado» (80).

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha visto, el concepto de mutación constitucional fue ideado por la dogmática alemana de finales del siglo XIX e inicios del XX al constatar la existencia de un problema: la ausencia de coincidencia entre la «realidad constitucional» y la Constitución formal. La rigidez constitucional, es decir, la existencia de mecanismos agravados para la reforma de la Constitución, se presentaba como una garantía insuficiente para prevenir su modificación informal.

Los autores alemanes de entreguerras ven en el cambio informal un elemento más que integra la noción de Constitución. En un sistema conceptual propio, Heller incorpora al cambio informal dentro de su concepción dinámica de la Constitución. Para ello describe la existencia de elementos normados no jurídicos que contribuyen a transformar la Constitución sin que sean operados los mecanismos formales de revisión constitucional. Sin embargo, concibe a la mutación constitucional (*verfassungswandlung*), como el cambio que puede rebasar el contenido de la Constitución normada, es decir, como aquel cambio que rompe la deseable relación armoniosa entre «realidad constitucional» y lo constitucionalmente normado.

Smend, por el contrario, no se plantea el término *mutación constitucional* (*verfassungswandlung*) definido por Jellinek como una disfunción del sistema sino que lo incluye como un elemento central de su concepto de Constitución. La Constitución, en este contexto, es concebida como movimiento, y a este movimiento, visto como proceso de integración, le es inherente la mutación como rótulo que describe de forma global la transformación informal de la Constitución. Para Smend, las mutaciones no son un «problema» sino un elemento, o por lo menos una consecuencia de la Constitución.

Hsü Dau Lin, dentro del sistema conceptual de Smend, describe sistemáticamente el proceso de mutación constitucional. Además, da un paso más al intentar delimitar entre las mutaciones constitucionales formales, que son parte del proceso constitucional, lo enriquecen y por tanto están en armonía con él, de lo que denomina mutaciones constitucionales materiales, que alteran el sentido de la Constitución, y distorsionan e interrumpen el proceso de realiza-

---

(80) HSÜ DAU-LIN: *Die Verfassungswandlung*, op. cit., pág. 175.

ción constitucional. Sin embargo, Hsü no da criterios útiles para establecer la frontera entre lo que serían las mutaciones constitucionales formales y las mutaciones constitucionales materiales, y menos aún, las fórmulas para limitar estas últimas. También es problemática la justificación de la mutación constitucional formal como producto de la necesidad política

Hesse ha dado un poco la clave de cuáles son los márgenes en los que podemos definir la mutación constitucional en las Constituciones actuales. Este autor utiliza parte del sistema conceptual de Smend para formular un sistema constitucional dinámico del cual forman parte las mutaciones constitucionales. En el marco de la Constitución de la República Federal alemana, Hesse sostiene que la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo. Por definición, no puede existir una realidad constitucional *contra constitutionem*. Así, cuando la realidad no es reflejo de la Constitución llega el momento de reformarla. Es por esto que para Hesse, «la problemática de la mutación constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional» (81).

---

(81) KONRAD HESSE: «Begriff und Eigenart der Verfassung»: trad. de PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Concepto y cualidad de la Constitución», *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.





## *NOTAS*

