

Otto Bachof

¿Normas constitucionales
inconstitucionales?

¿Normas constitucionales inconstitucionales?

OTTO BACHOF

¿Normas constitucionales
inconstitucionales?

Traducción de
LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ
Profesor Asociado de Derecho Constitucional
de la Universidad de Oviedo

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2010



Tiempos del Constitucionalismo

Directores

Domingo García Belaunde

F. Javier Díaz Revorio

Editor

Pedro P. Grández Castro

N.º 1

¿NORMAS CONSTITUCIONALES
INCONSTITUCIONALES?*

Otto Bachof

* *La presente traducción se ha basado en: "Verfassungswidrige Verfassungsnormen?" en O. Bachof, "Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht", ed. Athenaum, Königstein, 1979, pág. 1 y ss.*

Lección inaugural en la Universidad de Heidelberg impartida el 20 de julio de 1951. Publicada originariamente en "Recht und Staat" 163/164, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga. 1951.

Primera edición en castellano: setiembre de 2008

Segunda edición revisada y corregida: mayo de 2010

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de la Editorial.

- © Copyright: Otto Bachof
- © Copyright 2010: Palestra Editores S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com
- © Copyright de la traducción: Leonardo Álvarez Álvarez

Impresión y encuadernación: GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Lima 39 - Perú

Diagramación: ALAN OMAR BEJARANO NÓBLEGA

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-03613
ISBN: 978-612-4047-19-0
Proyecto editorial N° 31501221000085
Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

Tiempos del Constitucionalismo	9
Presentación a “¿Normas constitucionales inconstitucionales?” de Otto Bachof <i>Domingo García Belaunde y F. Javier Díaz Revorio</i>	13
Prefacio	23
CAPÍTULO I: Normas constitucionales inválidas y la competencia jurisdiccional de su control como problema constitucional	27
CAPÍTULO II: Las manifestaciones existentes en la jurisprudencia y en la doctrina	35
1. La jurisprudencia.....	36
2. La doctrina	42
3. Manifestaciones en el Parlamento Federal	54
CAPÍTULO III: El concepto de Constitución	57
1. La Constitución en sentido formal y en sentido material	57
2. Constitución y derecho <i>metapositivo</i>	60
CAPÍTULO IV: Las distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas)	69
1. Infracción de la Constitución escrita.....	70

a.	Inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales	70
b.	Inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional.....	73
c.	Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior	75
d.	Inconstitucionalidad a través de la “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales. Invalidez sin decisión expresa	80
e.	Inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado.....	83
2.	Contradicción del derecho constitucional no escrito... ..	85
a.	Inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional. ..	85
b.	Inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario	87
c.	Inconstitucionalidad (invalidez) por la contradicción del derecho metapositivo no positivado.....	88
3.	Otras posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas).....	89

CAPÍTULO V: La competencia jurisdiccional de control respecto de las normas constitucionales..... 93

1.	Limitación por la Constitución escrita.....	94
2.	Limitación desde la esencia de la competencia judicial de control	96
3.	Conclusión: competencia de los tribunales constitucionales para el control de la constitucionalidad (validez) de normas constitucionales.....	106

CAPÍTULO VI - Excurso: dos cuestiones en particular .. 113

1.	Monopolio de decisión del Tribunal Constitucional sobre la comprobación de la pérdida de vigencia de las normas constitucionales.....	113
2.	Inexistencia de monopolio decisorio por el Tribunal Constitucional para constatar la adecuación del derecho alemán con el derecho de la ocupación.....	115



OTTO BACHOF

TIEMPOS DEL CONSTITUCIONALISMO

Domingo García Belaunde
F. Javier Díaz Revorio

Sn términos históricos, el Derecho Constitucional es una de las más jóvenes disciplinas jurídicas, si se compara con otras ramas fundamentales, como el Derecho Civil o el Derecho Penal. Éstas, de una u otra forma, tienen una existencia multiseccular o incluso milenaria, mientras que el Derecho Constitucional no puede remontarse más allá de un par de centurias. El mismo término “Constitución”, en su sentido actual, encuentra su fundamento en las revoluciones que abren la Edad Contemporánea. Y es que solo en este momento logran afianzarse las ideas de que el poder no está por encima del Derecho, sino que se somete a él; de que el Derecho no solo es obra del poder, sino límite al mismo; de que la limitación del poder implica su separación o división, así como la necesidad

de una norma suprema que establezca esos límites y prevalezca sobre cualquier otra norma; de que el único poder legítimo es el que procede del pueblo, y de que aun éste encuentra sus límites en el sometimiento al Derecho y en el respeto y garantía de los derechos humanos, de forma que nunca la voluntad de la mayoría puede privar de sus derechos a la minoría, ni a la más pequeña de las minorías, que es el individuo.

En este contexto, la expresión “clásicos del constitucionalismo” tendría un sentido ciertamente ambiguo. Primero, porque todos estos “clásicos” serían en realidad contemporáneos, al menos ideológicamente hablando. Segundo, porque sería dudoso si estos “clásicos” serían solo quienes establecieron los fundamentos del constitucionalismo en sus orígenes, o también quienes han ido desarrollando los valores esenciales, de manera que resultaría discutible cualquier intento de delimitación temporal de autores y obras.

Sin embargo, parece cierto que algunos autores —o, para ser más exactos, ciertas obras— constituyen una referencia ineludible para entender el sentido actual de la Constitución y del Derecho Constitucional, pues suponen un instrumento imprescindible para desentrañar la esencia y el significado último de esta disciplina científica, y de los valores que antes hemos citado. Estas obras no son solo las que dieron fundamento doctrinal a los orígenes del constitucionalismo, sino muchas otras que, a lo largo de estos dos siglos, y particularmente tras la Segunda Guerra Mundial, han establecido o interpretado los cimientos del constitu-

cionalismo contemporáneo, basado en los principios del Estado social y democrático de Derecho y en el papel preponderante de la jurisdicción constitucional como garantía jurisdiccional de la primacía de la Norma suprema.

La lectura de estas “obras de referencia” del constitucionalismo es, obviamente, imprescindible para cualquiera que desee aproximarse a nuestra disciplina. Su vigencia actual es incuestionable, pues aunque en las décadas finales del siglo XX y en los primeros años de la actual centuria estamos asistiendo a una superación del marco y de la estructura estatal, parece que los valores esenciales del constitucionalismo (en suma, limitación del poder político, origen democrático de éste, y garantía de los derechos) son irrenunciables para cualquier tipo de estructura política que se quiera establecer. Sin embargo, algunos de estos “trabajos fundamentales” del moderno constitucionalismo resultan difícilmente accesibles para el lector de lengua castellana, bien porque nunca antes habían sido traducidos a nuestro idioma, bien porque las ediciones en español son relativamente antiguas, o por diversos motivos no son fáciles de conseguir o son ediciones mejorables.

El objetivo de la presente colección no es ofrecer un elenco completo de esas obras indispensables para entender el constitucionalismo, pero sí al menos contribuir a la difusión, en lengua castellana, de algunas de ellas que hasta ahora habían resultado difícilmente accesibles. Afortunadamente, la mayor parte de los países de lengua castellana cuentan hoy

con regímenes constitucionales basados en los principios que antes enunciábamos, y que son tributarios de la historia del constitucionalismo. Sin embargo, en muchos casos la doctrina constitucional se ha centrado en el comentario, análisis y crítica del concreto texto constitucional de cada Estado (labor, por otro lado, que no solo resulta imprescindible, sino que en ciertos contextos históricos, como el “renacimiento” a la democracia y la aprobación de nuevas Constituciones, se hace perentoria), acaso dejando algo de lado las referencias doctrinales comunes y “troncales”, que a veces provienen de otras doctrinas que en su momento analizaron problemas que ahora pueden resultar actuales en otros países. De ahí la importancia de “recuperar” para el lector de lengua castellana estas obras fundamentales.

Lima-Toledo, septiembre de 2006

PRESENTACIÓN
A “¿NORMAS CONSTITUCIONALES
INCONSTITUCIONALES?”,
DE OTTO BACHOF

*Domingo García Belaunde
Francisco Javier Díaz Revorio*

I

Nocas obras parecen tan apegadas a su contexto histórico, y al mismo tiempo tan intemporales. Una de ellas puede ser el trabajo que el lector tiene en sus manos, que es una conferencia pronunciada por el profesor Otto BACHOF (1914-2006) como lección inaugural en la Universidad de Heidelberg en 1951. Y desde luego, la obra puede enmarcarse en el contexto cultural de la Alemania de la segunda posguerra mundial. Los juristas buscaron motivos para explicar la perversión del régimen weimariano desde 1933 por el auge del nazismo, con los trágicos acontecimientos subsiguientes. Y con mayor o menor razón, tendieron a apuntar como causas a ciertas características fundamentales del propio sistema constitucional de Weimar. Y de esta forma se acusó al texto de

1919 de un relativismo positivista acompañado de un cierto “indiferentismo axiológico”, que habría permitido el ascenso al poder del partido nacionalsocialista por la simple regla de la mayoría. Y la posterior modificación implícita, prácticamente continua, del propio texto constitucional, ignorando y pervirtiendo los valores fundamentales en él contenidos.

En este contexto, se ha hablado de que el articulado de la Ley Fundamental de Bonn, aprobada dos años antes de la conferencia de BACHOF, está impregnado de una cierta influencia iusnaturalista, que encuentra múltiples manifestaciones, entre otras, en la proclamación de que la dignidad humana es “intangible” (art. 1.1), los derechos humanos “inviolables e inalienables” (art. 1.2), o la consideración como irreformables de los principios contenidos en los artículos 1 y 20 (dignidad, derechos, estructura federal, soberanía del pueblo). Ciertamente, en el momento antes descrito era comprensible un cierto renacimiento de las teorías iusnaturalistas, como reacción al positivismo weimariano. Pero en cualquier caso, sea o no el iusnaturalismo el fundamento de la proclamación en la Ley Fundamental de Bonn de los principios mencionados, lo cierto es que en la misma es apreciable la importancia dada a esos principios y valores fundamentales, que en alguna medida y en cierto sentido parecen considerarse como de mayor valor que el resto de los preceptos constitucionales. O en todo caso indisponibles incluso para el propio Poder constituyente, al menos en su “versión” de Poder constituyente constituido, pues en definitiva tales fundamentos se consideran inalterables.

Existía, por tanto, un cierto fundamento, en parte jurídico y en parte metajurídico, para la consideración de que ciertos valores podrían constituirse en parámetros para la validez de los propios preceptos constitucionales, e incluso cierta línea jurisprudencial parecía apuntar en ese sentido¹. La conferencia de BACHOF se inserta en esta línea y se entiende en el descrito “ambiente jurídico”, y por ello trata de señalar los fundamentos materiales y procedimentales para la eventual declaración de la inconstitucionalidad de normas constitucionales.

II

No obstante, y como antes decíamos, este trabajo posee también una dimensión intemporal que hace que su discusión pueda tener interés en cualquier sistema constitucional. Y de hecho, tarde o temprano en casi todos los sistemas hay que plantearse si ciertos valores o principios pueden tener un carácter preferente y cual es su posición con el resto del ordenamiento. El interés permanente de este trabajo, radica precisamente en que cualquier solución a la cuestión que plantea requiere acudir a la misma esencia del

¹ Además de las sentencias citadas por el propio BACHOF en este libro, es recomendable la lectura de DIETZE, G., “Unconstitutional constitutional norms? Constitutional development in postwar Germany”, en *Virginia Law Review*, vol. 42, No. 1, enero 1956, que cita y comenta un elenco de decisiones jurisprudenciales en esta línea.

Derecho Constitucional y del propio concepto de Constitución.

En efecto, defender la posibilidad de que ciertos preceptos del texto constitucional sean inconstitucionales, implica entender el concepto de Constitución como algo diferente, al menos en parte, del simple conjunto de preceptos jurídicos escritos en dicho texto. BACHOF parte de la distinción, habitual en muchos autores aunque no siempre con idéntico sentido, entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material, para defender la existencia de un “Derecho suprapositivo” que ha de ser respetado por el propio Poder constituyente como condición para la validez de la propia Constitución. Para nuestro autor, el “Derecho supralegal” puede o no estar incorporado al texto constitucional, pero en cualquier caso la incorporación del mismo a la Constitución formal tiene carácter meramente declarativo y no constitutivo. Por ello, la vulneración de este “Derecho supralegal” es una infracción de la Constitución, que convierte en inconstitucional a la disposición infractora.

Desde este especial punto de vista, la defensa de las normas constitucionales inconstitucionales supone el abandono de las tesis más estrictamente positivistas o, si se quiere, del concepto de Constitución en sentido puramente formal. Sin embargo, ello no supone necesariamente suscribir tesis iusnaturalistas, sino solamente encontrar un fundamento a esa superioridad de ciertos valores fundamentales (estén o no en la Constitución formal) sobre los preceptos constitucionales escritos. Desde luego, este fundamento podría

encontrarse en las teorías iusnaturalistas. Pero también en el decisionismo schmittiano, pues la distinción entre “Constitución” y “ley constitucional”, según la cual aquélla es la decisión política fundamental del titular del Poder constituyente, justifica igualmente la posible existencia de disposiciones inconstitucionales en la misma “ley constitucional”². E igualmente pueden apuntarse otros posibles fundamentos para que ciertos preceptos de la norma suprema puedan ser considerados “inconstitucionales”, es decir, para sostener que el poder constituyente encuentra límites suprapositivos cuyo respeto es condición de validez de los mismos preceptos de la Constitución escrita, y en esta línea se ha hablado de la vinculación a “principios supremos, generalmente reconocidos, a las normas jurídicas fundamentales más importantes de nuestra cultura jurídica común”³.

Lo importante de la obra de BACHOF es haber planteado un problema con notable agudeza teórica y que era necesario en aquel momento. Pero como el mismo BACHOF lo admitió años más tarde al prologar en 1977 la traducción portuguesa de su ensayo, su tesis central acerca de la existencia de normas constitucionales inconstitucionales no seguía interesando más a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y agreguemos nosotros, que tampoco a la doc-

2 Véase SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, versión castellana de F. Ayala, Alianza Universidad, Madrid, 1982.

3 STERN, K. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, traducción de Pedro Cruz Villalón y Javier Pérez Royo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 265 y 320-321.

trina de las últimas décadas en donde, por el contrario, se ha afirmado el principio de la unidad de la Constitución. Todo ello a pesar de que, de forma recurrente, la cuestión parece reaparecer en los debates teóricos y se ejemplifica con concretos problemas prácticos, si bien de forma puntual. En suma, no cabe desconocer el valor innegable de sus análisis, si bien hoy en día mucho más interés y actualidad nos presenta la versión restringida de dicho enfoque. Y es la posibilidad de que una reforma constitucional pueda ser precisamente inconstitucional, como lo ha señalado la doctrina más reciente.

III

Sin que sea nuestro propósito realizar una semblanza biográfica o académica del autor de este trabajo, procede al menos, aunque sea con los trazos gruesos que pueden utilizarse en una presentación de este tipo, hacer una referencia al mismo. Por lo demás, se trata de un autor conocido por los estudiosos del Derecho Constitucional españoles y latinoamericanos, no sólo porque su obra constituye una referencia en la doctrina alemana de la posguerra (cuya influencia en la española y latinoamericana es incuestionable), sino también porque algunos de sus trabajos más interesantes en materia de jurisdicción constitucional han sido traducidos al español. Así, uno de sus libros fue editado en España con el título “Jueces y Constitución”⁴, y

4 BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, traducción de la obra original *Grundgesetz und Richtermacht* por R. Bercovitz, Civitas, Madrid, 1989.

algunos artículos también pueden encontrarse en castellano⁵. Sin embargo, estas obras, que constituyen desde luego una aportación considerable en relación a los problemas relativos a la garantía judicial de la Constitución, son solo una parte de sus numerosos y magníficos trabajos en materia de Derecho Constitucional y sobre todo de Derecho Administrativo, que abarcan muy diversas cuestiones, pero principalmente aspectos fundamentales de ambas disciplinas.

En cuanto a su biografía académica, procede destacar que nació en 1914 en Bremen. Hijo de abogado, estudió Derecho desde 1932 en las Universidades de Friburgo, Genf, Berlín, Königsberg y Munich. En esta última realizó su examen de Estado en 1935, y tres años después se doctoró en la Universidad de Friburgo. En los años siguientes fue asesor gubernamental y desempeñó diversos trabajos, comenzando su actividad como miembro de los Tribunales, que compatibilizaría con su vida universitaria durante décadas, ya que en 1948 ingresó en el Tribunal Administrativo de Stuttgart, y de 1958 a 1985 fue miembro del Tribunal de Baden-Württemberg. Siguiendo con su carrera académica, en 1950 se habilitó en la Universidad de Heidelberg junto a Walter JELLINEK; a partir de 1952 fue profesor

5 Así, BACHOF, Otto, “El juez constitucional entre Derecho y Política”, en *Universitas*, vol. IV, No. 2, Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, Stuttgart, 1966, y “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional: entre derecho y política”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XIX, No. 57, septiembre-diciembre de 1986, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.

en Erlangen, y desde 1955 en Tubinga, donde enseñó sucesivamente Derecho Público, Derecho del Estado, Derecho Administrativo, Filosofía del Derecho y Teoría General del Estado. Sus propios méritos le hicieron acreedor, entre otros reconocimientos, del doctorado *honoris causa* de la Universidad de Aix-Marsella (1968) y de la Universidad de Würzburg. Falleció en enero de 2006.

Se trata, por tanto, de un académico con una vastísima producción en los diversos ámbitos del Derecho Público, que compatibilizó la vida universitaria con el perfil práctico que le ofreció el ejercicio de la magistratura. Y su obra constituye sin duda, como se ha dicho, una referencia importante para el Derecho Constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial.

IV

Sobre la traducción de la obra *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* al castellano, lo primero que cabe afirmar es lo sorprendente que resulta que hasta ahora este trabajo no se hubiera editado en nuestro idioma. Máxime si se tiene en cuenta que el problema de las “normas constitucionales inconstitucionales” ha interesado en los círculos constitucionales latinoamericanos y en el español. Y más aun representa una aguda reflexión teórica sobre temas de vital importancia.

Ciertamente, y por su proximidad a nosotros, debe mencionarse la traducción de esta obra al portugués que en 1977 realizó su discípulo José Manuel

M. CARDOSO DA COSTA⁶, con un breve prefacio del propio BACHOF. Esta versión, que es correcta, ha sido algo citada por la doctrina en castellano, pero acaso no demasiado difundida. Y, desde luego, no puede alcanzar a solventar la conveniencia de una buena traducción en nuestro idioma.

Por todos estos motivos, creemos que la traducción castellana de este trabajo de BACHOF resultaba necesaria, y por ello lo hemos elegido para iniciar esta colección de la editorial Palestra. Para garantizar una buena traducción, se ha encomendado la misma a Leonardo ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, extraordinario conocedor no solo del idioma alemán y del Derecho, sino en particular de la obra traducida. Creemos que el profesor ÁLVAREZ ha conseguido, con horas de trabajo, una traducción pulcra, fiel al texto alemán y al tiempo escrito en un castellano inteligible que tiende a facilitar la comprensión, a pesar de la innegable complejidad de la obra original. Aun cuando el tiempo ha pasado desde que este magistral ensayo ha sido publicado, no dudamos que será de indiscutible atractivo para el lector de nuestros días.

Lima-Toledo, diciembre de 2006

6 BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Almedina, Coimbra, 1977 (hay una reimpresión de 1994).

PREFACIO

Otto Bachof

Sl siguiente análisis reproduce, en su esencia, el contenido de la lección inaugural pronunciada por el autor en la Universidad de Heidelberg el 20 de julio de 1951.

Los interrogantes sobre la posibilidad de hablar de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, inválidas, así como de la competencia jurisdiccional para su control, constituyen un problema específicamente actual del derecho constitucional de la República Federal de Alemania. Ello se ha puesto de manifiesto en el considerable número de sentencias que ya debieron ocuparse de aquellas cuestiones y en las no pocas opiniones que se han difundido en la literatura jurídica, aunque solo esporádicamente. Por eso resulta todavía más sorprendente el hecho de que falte hasta el momento un análisis

de conjunto sobre el tema. A esta ausencia habrá contribuido seguramente el hecho de que el motivo de las disputas existentes hasta el momento fuesen en gran parte normas constitucionales políticamente muy discutidas, lo que fue con frecuencia contraproducente para la objetividad de la toma de posición. Sin embargo, esto no debe detener a la ciencia en ocuparse de este importante problema de derecho constitucional, cuyo alcance va mucho más allá que los motivos de los estudios existentes hasta ahora. El intento de realizar un estudio fundamental debía ser especialmente seductor, ante la inauguración del Tribunal Constitucional. Naturalmente, este estudio no puede ser exhaustivo en la situación actual y sobre todo en la extensión necesariamente limitada de una conferencia que, entre otras cosas, también tiene que renunciar por fuerza a una discusión de los trabajos existentes hasta el momento. Esto no pretende ser más que una contribución a la discusión. En efecto, a este trabajo le gustaría ante todo abrir un debate general sobre nuestros interrogantes.

No le sorprendió al autor que después de la lección se expresasen dudas respecto de unas u otras de las tesis mantenidas en ella. Justamente dichas dudas hicieron conveniente, en lo necesario, no modificar la redacción originaria de este manuscrito con la finalidad de dejar claro el punto de partida de la discusión. Se añadieron, además de numerosas posiciones omitidas en la conferencia por falta de tiempo, solo las consideraciones que el autor descubrió posteriormente en los escritos de GREWE

(Rechtsgutachten über Art. 41 der hessischen Verfassung) y de SPANNER *(Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen)*.

Stuttgart, en septiembre de 1951

CAPÍTULO I

NORMAS CONSTITUCIONALES INVÁLIDAS Y LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL DE SU CONTROL COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

La estabilidad de una Constitución depende, ante todo, de en qué medida es capaz de satisfacer su función integradora respecto de la comunidad constituida por ella. Y es que por muy completa que fuese su defensa jurisdiccional, ésta no sería capaz de garantizar por sí misma la estabilidad de una Constitución en la que se encontrase ausente aquella función. Pero, a la inversa, la ausencia de defensa jurisdiccional de una Constitución con verdadera eficacia integradora no tendría que ser necesariamente contraproducente. Con todo, la importancia de una completa defensa judicial de la Constitución, como la que le ha otorgado la Ley Fundamental de Bonn y la Ley del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1951 (BGBl. I, p. 243), con una extensión hasta entonces desco-

nocida en Alemania, no debe de minusvalorarse, y sin duda resulta consustancial a un Estado con división de poderes —y, desde luego, *solo* en él— el hecho de que esta defensa se reconozca también y especialmente frente al legislador. Que fuera precisamente un acto del poder legislativo —la denominada *ley de plenos poderes*— la que suprimiera de manera definitiva la Constitución de Weimar bajo la aparente observancia de la legalidad, puede haber contribuido a otorgar al Tribunal Constitucional, en cuanto defensor de la Constitución, poderes extraordinarios, justamente frente al legislador. La jurisprudencia constitucional puede contribuir por sí misma en gran medida a reavivar la función integradora de la Constitución.

Un análisis de las correspondientes normas de la Constitución —artículos 93. 1. 2, y 100— hace suponer que el constituyente ha entendido por examinar la “constitucionalidad” de las normas, ante todo, aunque no de manera exclusiva, constatar si las normas inferiores a la Constitución —que opera como parámetro— resultan compatibles con las normas constitucionales. Ya sea el examen de la compatibilidad de las simples leyes de los Estados federados a sus propias Constituciones, ya sea el examen de la compatibilidad del derecho de los Estados federados (incluido el derecho constitucional de dichos Estados) y de las leyes del Estado federal con la Constitución federal. Sin embargo, también es pensable una “inconstitucionalidad” de las normas constitucionales (ubicadas en un mismo plano), que tampoco puede ser excluida de control jurisdiccional. Eso es lo que se deriva del hecho de que la Constitución en el artículo 79. 3 declare intangibles algunas de sus normas.

Si se llevase a cabo una reforma de dichas materias bajo la forma de una ley constitucional —ya sea consciente o inconscientemente, por el desconocimiento sobre el alcance de las normas modificadas o de las declaradas intangibles—, la norma de reforma reclamaría para sí ser considerada una norma constitucional eficaz y, sin embargo, sería al mismo tiempo inconstitucional con relación a la norma constitucional “intangible” en vigor hasta este momento. No veo ningún motivo para que en ese caso no pueda ser solicitada la intervención del Tribunal Constitucional. Al contrario cae dentro de una de sus funciones consustanciales como defensor de la Constitución. Aquella posibilidad tampoco contradice la literalidad del artículo 93. 1. 2 ni del artículo 100. 1 de la Ley Fundamental de Bonn, en la medida en que las expresiones “derecho federal” o “ley” abarcan también una ley de reforma constitucional¹. Además, la multitud de discusiones ya existentes en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de si una norma de la Constitución federal puede ser contraria a la misma Constitución, o de si también cabe serlo una norma constitucional de un Estado

1 En un sentido manifiestamente contrario —sin motivo reconocible— DREHER en NJW 1951, 377. Como aquí, VON MANGOLDT, comentario 3 al artículo 79. 3 de la Ley Fundamental de Bonn, cuando habla del “significado más práctico” que el artículo 79,3 “puede adoptar a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la base de los arts. 93 y 100” de la Ley Fundamental de Bonn. Del mismo modo, para el artículo 131 de la Constitución de Essen: GREWE. *Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des Art. 41 der hess. Verfassung* (editado como manuscrito, 1951), p. 7.

federado respecto a su propia Constitución —a lo que con frecuencia se encuentra vinculada la pregunta sobre la invalidez de aquellas normas por su posible contradicción con un derecho *supralegal* (*preestatal, supraestatal, metapositivo, natural*)²—, muestra que la cuestión sobre la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, de normas constitucionales inválidas, así como su enjuiciamiento, representa en la práctica un importante y actual problema constitucional. Junto a ello ha de distinguirse, por un lado, la cuestión *jurídico-material* de si y bajo qué circunstancias una norma constitucional puede ser inconstitucional o —en tanto que no caiga en alguna ocasión bajo el concepto de inconstitucionalidad— si puede ser inválida por la contradicción del derecho *supralegal* y, por otro lado, la cuestión *jurídico-procesal* sobre la correspondiente competencia jurisdiccional para su control, particularmente de los tribunales constitucionales.

No constituye problema alguno, por lo que podremos bien excluirlo de nuestro posterior análisis, el supuesto de las normas inconstitucionales de las

2 Me gustaría en lo posible evitar aquí la expresión “derecho natural” a causa de su utilización en diferentes sentidos. Cuando en lo sucesivo se hable ocasionalmente de normas contrarias “el derecho natural”, a falta de una palabra igualmente precisa, derecho natural es entendido como verdadero *derecho metapositivo* con valor normativo autónomo frente a sus destinatarios y no solo como un principio regulador de la actividad del legislador o como un *principio* jurídico de solo obligatoriedad *moral*.

Constituciones de los *Länder* que contradigan la Constitución federal —tanto en lo relativo a la perspectiva material como a la procesal—. Su enjuiciamiento material se ajusta a la norma de colisión del artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn y su comprensión procesal puede encontrarse sin duda bajo la competencia del Tribunal Constitucional Federal conforme al artículo 93. 1. 2 y al artículo 100. 1 de la Constitución³.

Más complejo resulta, por el contrario, el enjuiciamiento de una posible ausencia de adecuación entre las normas constitucionales de los *Länder* o del *Bund* y el *derecho de ocupación*. El poder constituyente del *Bund* y de los *Länder* rige por el momento solo en el marco del estatuto de ocupación y del derecho de ocupación aprobado o mantenido por el estatuto. En ese sentido, el estatuto de ocupación, en cumplimiento del principio derivado del carácter intervencionista de la ocupación “*cuius occupatio eius constitutio*”⁴, aparece de por sí como una parte esencial integrante de la Constitución actual de la Alemania occidental y representa, en cierto modo, una clase de *supra-constitución*. Los tribunales constitucionales podrán impedir la aplicación de cada norma alemana y, por consiguiente, de una norma constitucional cuando del examen incidental practicado se derive su incompatibilidad con el derecho de ocupación. Esto se deduce de la inexistencia de una competencia de un control

3 Cfr. sobre ello GIESSE, GG (segunda edición), II 7 al artículo 100.

4 IPSEN. *Über das GG*. pp. 25 y ss.; Cfr. también allí pp. 28 y ss.

jurisdiccional abstracto sobre la validez del derecho de ocupación (artículo 3. 1 AHKG 13). Cuestión distinta es si los tribunales constitucionales, además de ocuparse de un tal examen *incidental*, podrían pronunciarse también, como cuestión *principal*, sobre la validez de las normas alemanas por su inadecuación con el derecho de la ocupación; y, por lo tanto, si una norma contraria al derecho de ocupación es “inconstitucional” en el sentido del artículo 100. 1 de la Ley Fundamental de Bonn. El texto de la ley habla *en contra* de dicha aceptación. Por el contrario, del hecho que la decisión de un tribunal alemán sobre la adecuación del derecho alemán con el derecho de ocupación no sea obligatoria para los poderes de ocupación, no podría extraerse objeción *alguna* acerca de la competencia decisoria de los tribunales constitucionales. Y ello porque permanece por completo la posibilidad de comprobar obligatoriamente su adecuación o su contrariedad, al menos con eficacia respecto de las autoridades *alemanas* y tribunales, tal y como decide obligatoriamente el Tribunal Constitucional según el artículo 100. 1 de la Ley Fundamental de Bonn sobre la supremacía de las reglas de *derecho internacional* ante las leyes alemanas; por supuesto, también dicha decisión puede adquirir fuerza obligatoria solo en el *interior del Estado* y no en el exterior, esto es, solo eficacia jurídica “hacia abajo” y no “hacia arriba”. Otras cuestiones relacionadas con la solo recientemente señalada problemática no serán sin embargo aquí tratadas por las necesarias limitaciones del tema. Al final de nuestra investigación se volverá brevemente sobre ellas.

Nosotros limitamos aquí la cuestión a la posibilidad de existencia de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas) y a la competencia de los tribunales constitucionales para la decisión sobre aquéllas, y con eso, a la cuestión de saber si las normas constitucionales de un determinado Estado —en concreto: del *Bund* o de un *Land*— pueden encontrarse en contradicción precisamente con la Constitución de este Estado. Es decir, si dentro de un mismo Estado, y solo con apoyo en dicho ordenamiento jurídico, puede existir una norma constitucional inconstitucional, y si los tribunales constitucionales competentes pueden ser requeridos para la decisión sobre una contradicción tal. Junto a esto hay que incluir en el análisis la pregunta acerca del enjuiciamiento de las denominadas normas “contrarias al derecho natural”, y por lo tanto, de las normas constitucionales contrarias al derecho *metapositivo*, y no solo debido a su gran importancia práctica, sino también por la “positivización del derecho *metapositivo*”⁵, resultante de las nuevas constituciones alemanas, que desvirtúa el límite entre la inconstitucionalidad y la contradicción con el derecho natural.

5 Cfr. sobre ello VGH. de *Baden-Württemberg*, DRZ 1950, 566; MALLMANN, JZ, 245.

CAPÍTULO II

LAS MANIFESTACIONES EXISTENTES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

Examinando de cerca —sin pretensión agotadora— las posiciones existentes hasta el momento sobre la “inconstitucionalidad” o sobre una “invalidez”, derivada de diferentes motivos, de las disposiciones de las nuevas constituciones alemanas, sorprende que se hayan ocupado casi exclusivamente de la cuestión sobre la correspondiente competencia jurisdiccional⁶. Esto es comprensible porque, en la práctica, la

6 Es más común la expresión “derecho de control judicial”. Sin embargo, es equívoca: *cfr.* MORSTEIN MARX. *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes*. Berlín. 1927; IPSEN en DV 1949, p. 486. Si esto debe ofrecer un motivo incondicional para abandonar una expresión tradicional ha de permanecer al margen. Después de que en los últimos tiempos también se haya difundido la expresión “competencia de control judicial” y yo mismo me haya manifestado en

cuestión dogmática sobre la obligatoriedad jurídica de una norma posee poca importancia cuando este aspecto no incumbe a la cognición judicial. Pero esto, sin embargo, no nos dispensa de un examen justamente de este problema, porque resulta primario lógicamente. Además, llama poderosamente la atención que se haya tomado como parámetro la Constitución entendida casi exclusivamente como Constitución *escrita*, esto es, la Constitución formal. A esto puede haber contribuido la formulación del artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn que define en el párrafo uno el concepto de “ley inconstitucional” como ley infractora de la Constitución de un *Land* o “de esta Constitución”. La expresión “esta Constitución” ha inducido evidentemente en gran medida a apoyarse solo en la Constitución escrita.

1. La jurisprudencia

La jurisprudencia parte predominantemente de la equiparación “Constitución= ley constitucional= Constitución escrita=documento constitucional”. Así lo reconoce el VGH de Baden-Württemberg en su sentencia de 2 de noviembre de 1949⁷, que descarta la posibilidad de examinar la constitucionalidad del artículo 131. 1 de la Ley Fundamental de Bonn en la medida en que una norma de la Constitución “(...) no puede encontrarse conceptualmente en contradicción con la Constitución

otro lugar en favor de ella (DVBl. 1951, 13), me gustaría mantenerla.

7 DRZ 1949, 544.

misma”. Además, mantiene que la posibilidad de que un tribunal fuera competente para privar de validez a una norma constitucional solo puede afirmarse cuando una norma contradice de manera tan evidente los principios fundamentales generalmente reconocidos en la ley moral que debe negársele al mismo legislador su *intención* de dejarse guiar por la justicia como parámetro de la disposición legal⁸. Otros tribunales han seguido aquel parecer, como particularmente el *Tribunal Supremo* de la Federación en un caso de 15.3.1951 (BGHZ 1, 274 [276]), en el que —aceptando mi formulación realizada en DRZ 1949, 555— concluyó la imposibilidad de que el artículo 131 se encontrase en contradicción con los derechos fundamentales de la Constitución “(...) porque el artículo 131 es en sí misma una norma constitucional y el constituyente previó excepciones a sus normas constitucionales aprobadas. Por tanto, una norma de la Constitución conceptualmente no puede encontrarse en contradicción con la Constitución misma”. La cuestión de si una norma constitucional puede llegar a ser examinada por los tribunales debido a una lesión del derecho *metapositivo* a la igualdad (o perteneciente al derecho a la ocupación), y de si la declaración de una contradicción tal pudiera traer como resultado la in-

8 El VGH. sigue manifiestamente la equilibrada delimitación de RADBRUCH (SJZ 1946; 107; ahora también en *Rechtsphilosophie*. Cuarta edición, p. 353) en base a la cual el “derecho injusto” se aparta de la justicia solo allí donde la contradicción de la ley con la justicia alcanza un grado insoportable o donde la ley, a consecuencia de una manifiesta negación de la justicia y de la ley moral, le falta desde el principio la naturaleza jurídica.

eficacia jurídica del artículo 131 de la Ley Fundamental de Bonn, ha sido dejada abierta por el BGH. En ambas sentencias se ha trazado una nítida línea divisoria entre la legalidad=*inconstitucionalidad*, por un lado, y la adecuación con el derecho *metapositivo*, por otro. De forma todavía más clara se expresa un caso del OLG de *Düsseldorf* de 20 de julio 1949⁹, en el que se afirma que no debe dudarse que el Parlamento, en ejercicio de su poder constituyente, en la regulación del artículo 131, fue autorizado a actuar *también contra los derechos fundamentales de los artículos 3. 3 y 19. 4*. Para comprobar si y en qué medida la norma del artículo 131 contradice los principios del Estado de derecho y, por lo tanto, sea inválida, no le corresponde al tribunal. Tampoco le corresponde al mismo posibilidad alguna de acudir al Tribunal Constitucional. Tal posibilidad solo puede existir, según el artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn, si se cuestiona la validez de una ley que “(...) se hubiera aprobado al margen de la Constitución”¹⁰. Además, aclara el Tribunal Supremo de Essen en una sentencia de 4 de agosto de 1950¹¹, que las normas *me-*

9 NJW 1949, 718= DRZ 1949, 476.

10 Debe tenerse en cuenta que el OLG de *Düsseldorf* no niega decididamente la posibilidad de la invalidez de una norma constitucional por la contradicción de los principios de Estado de derecho, sino que únicamente no quiere subsumir esa circunstancia bajo el concepto de “inconstitucionalidad” y, por lo tanto, niega la competencia judicial para su control, también para los tribunales constitucionales.

11 *StaatsAnz.* 1950 No. 37 sección Nr 7= AöR 77 (1951), pp. 323 y ss. (allí con un detallado comentario de TIETZ, que aquí ya no podría ser analizado).

tapositivas no pertenecen al parámetro del control de las normas, control que se ha de limitar al examen de la adecuación de la constitucionalidad de los actos del legislador^{12 13}.

Por otro lado, un más amplio concepto de Constitución, a través de la inclusión del derecho *metapositivo*, se evoca, aunque de manera bastante cauta, en una sentencia del VGH de Baden-Württemberg de 13 de noviembre de 1950¹⁴. El citado Tribunal mantiene que una norma constitucional puede posiblemente contravenir el derecho *metapositivo* que el constituyente ha positivado en cierta medida

12 Otras sentencias que van en la misma dirección *cf.*: OVG de Hamburgo de 23 de agosto de 1949 (DV 1949, 588); OLG de Celle de 18.10.1949 (Nds. RPfl. 1950, 5); OVG Lüneburg de 16 de marzo de 1950 (DVBl. 1950, 407).

13 ¡Manifiestamente el StGH. de Essen no mantiene ya en la actualidad más esta posición! En su sentencia de 20 de julio 1951 (AÖR 77 [1951] 469), con relación al artículo 41 de la Constitución de Essen, explica que la cuestión de que una norma constitucional sea inválida, esto es, nula, puede hacerse de manera razonable solo desde dos puntos de vista: primero, en atención a la infracción de determinadas normas constitucionales que son la expresión de un derecho *metapositivo* (en referencia a la sentencia citada en la nota 15 del VerfGH. de Baviera), por otro lado, en atención a la lesión de vínculos preconstitucionales en el procedimiento de elaboración de la Constitución (con referencia a GREWE, *cf.* la nota 31). La primera de las contradicciones no se adujo en el caso concreto y por lo tanto, no se pudo constatar. Con relación a la segunda de las infracciones el StGH. afirma expresamente su competencia para enjuiciar la “constitucionalidad de la Constitución misma o de una concreta norma constitucional”.

14 DRZ 1950, 566.

a través del reconocimiento de derechos fundamentales inviolables e intangibles, declarándolo con ello parte integrante del “orden constitucional”. Además, afirma que puede quedar sin resolver si una concreta norma constitucional contraria al así positivado derecho metapositivo puede ser caracterizada como “inconstitucional” y si también, en caso afirmativo, resulta competente el Tribunal Constitucional para la decisión sobre la existencia de una contradicción tal. También el juicio del OVG de Lüneburg de 16 de enero de 1950¹⁵ permite adivinar una distinción entre un derecho constitucional formal y material, cuando afirma que en un momento futuro será necesario comprobar eventualmente si el artículo 131. 3 de la Ley Fundamental de Bonn debe ser considerado como inaplicable a causa de su contrariedad con las *normas materiales fundamentales de la Constitución* (artículos 3. 3 y 19. 4).

Sin embargo, la más clara posición en lo que se refiere al abandono de un concepto de Constitución exclusivamente formal es mantenida por el VerfGH. de Baviera, en tanto que este ha incluido el derecho *metapositivo* en la “Constitución” como parámetro de enjuiciamiento. Y así, en su sentencia a menudo citada de 24 de abril de 1950¹⁶, ha afirmado respecto del artículo 184 de la Constitución de Baviera: “El hecho de que una disposición constitucional sea ella misma una parte de la Constitución no puede excluir

¹⁵ Cfr. la nota 12.

¹⁶ DÖV 1950, 470= VerwRspr. II No. 65.

conceptualmente que sea inválida. Existen principios fundamentales constitucionales que son tan elementales y constituyen una plasmación tan evidente de un derecho precedente a la Constitución, que vinculan por sí mismos al constituyente y otras disposiciones constitucionales, que no corresponden a ese rango, han de ser inválidas a causa de su contradicción con aquéllos... Si el artículo 184 de la Constitución de Baviera tuviera como finalidad ubicar al legislador, junto con sus disposiciones contrarias a los allí aludidos grupos de personas, permanentemente fuera de la Constitución y del derecho, sería inválido por su contrariedad con el concepto mismo de derecho, con el principio de Estado de derecho, con el principio de igualdad y con los derechos fundamentales, que son manifestación indisoluble de la personalidad humana”. Especialmente interesante es además el hecho de que el VerfGH haya querido decidir sobre la validez de una norma constitucional no solo como una *cuestión preliminar* para enjuiciar la constitucionalidad de otras (de simples) leyes, sino que ostensiblemente, y al mismo tiempo, quisiera tomar una decisión *vinculante* acerca de la “constitucionalidad” de la norma constitucional misma, cuya validez resulta discutida según los artículos 62 y 92 de la Constitución de Baviera¹⁷. La misma posición se adopta, aunque de manera

17 Esto se deduce de su fundamentación en respuesta a la pretensión aducida por el demandante de que el artículo 184 de la Constitución de Baviera es *inconstitucional* como consecuencia de su contenido antidemocrático y de la lesión de los derechos fundamentales, solicitando la declaración de

menos clara, ya en la decisión del mismo tribunal de 10 de junio de 1949¹⁸, por lo cual la opinión disidente de uno de sus miembros, también publicada, se dirige precisamente —y eso es del todo coherente con la posición del positivismo jurídico expresada *expressis verbis*— contra el hecho de que el VerfGH en el caso de un ulterior enjuiciamiento hubiera tenido que llegar a la sentencia siguiente: “La disposición del artículo X de la Constitución de Baviera es inconstitucional”¹⁹.

2. La doctrina

Las posiciones doctrinales se encuentran igualmente divididas, aunque aquí se halla representada comparativamente con una mayor intensidad la pretensión de determinar el parámetro de constitucionalidad apoyado en una concepción *material* de Constitución, y también la de extender la competencia de control jurisdiccional a la adecuación de las normas solo formalmente *constitucionales* con el *derecho cons-*

invalidez del artículo 184. En ese sentido, el VerfGH. resuelve también expresamente que el artículo 184 no puede (como tampoco todavía hoy) “ser declarado inconstitucional”.

18 VerwRspr. II, No. 2.

19 Cfr. además la sentencia del VerfGH. de Baviera de 15 de octubre de 1948 (VerwRspr. I No. 82): “Por lo demás, los elementales derechos fundamentales resultan vinculantes para cualquier derecho positivo”. Esta sentencia es especialmente significativa porque el VerfGH. expone de manera informativa que determinadas normas, ya *antes* de la entrada en vigor del texto constitucional escrito, han sido nulas por contradecir la idea de derecho y los derechos fundamentales —véase ahora también la sentencia de 14.3.1951 citada en la nota 24.

titucional material, y en parte también al derecho *metapositivo*.

WENZEL²⁰ y HEYLAND²¹ se apoyan sobre una concepción estrictamente *formal* de Constitución en sus trabajos acerca de la validez del artículo 131,3 de la Ley Fundamental de Bonn. Ambos sostienen que esa norma es ciertamente inválida, aunque simplemente por su supuesta contradicción con el derecho de ocupación, mientras que su contradicción con los principios más relevantes de la Constitución *no* hace inválida a dicha norma, “(...) en la medida en que se encuentra contenida en la Ley Fundamental de Bonn y por tanto es una norma formalmente constitucional”²².

Con una mayor insistencia *contra* la posible existencia de normas constitucionales inconstitucionales o, en general, inválidas, y especialmente contra la posibilidad de su control por parte de los tribunales, inclusive de los tribunales constitucionales, se ha manifestado APELT²³. Éste se dirige impetuosamente contra la sentencia aludida con anterioridad del Ver-fGH. *de Baviera* de 24 de abril de 1950. Según él, el

20 *Rechtsproblem des Mitläufers* (Nuremberg 1949), p. 20.

21 DÖV 1950, 363.

22 HEYLAND. Op. Cit. De manera parecida WENZEL *ibidem* que, sin embargo, en un escrito posterior (*Die gegenwärtige Rechtslage der entfernten und heimatvertriebenen Beamten*, Tauberbischofsheim, 1950, p. 60) se adhiere al parecer de KRÜGER más adelante reproducido.

23 *Die Gesetzgebungstechnik* (Munich 1950), p. 9, ampliada en 1979: la controversia entre APELT y el autor fue continuada en NJW 1952, pp. 1 y ss. y 242 y ss. (corrección p. 414).

VerfGH., al encontrarse llamado a comprobar si una ley se encuentra en consonancia con la Constitución, adopta para sí el derecho a declarar inválidas también disposiciones de la Constitución, usurpando de ese modo un derecho del constituyente²⁴. Para el aludido autor no puede ser función de la jurisprudencia asumir para sí el derecho del poder constituyente y con ello el derecho supremo del poder legislativo que, en una República democrática, pertenece al pueblo como colectividad. A su juicio, del sistema de valores sobre el que se construye una Constitución y a partir del que se prueba su virtud y su valor es responsable el pueblo en su conjunto y no un tribunal de nueve hombres. Según él, la defensora de la Constitución no puede ser tan solo la jurisprudencia, también el Parlamento del *Land* es el defensor de la Constitución. En el contexto

24 El VerfGH. de Baviera se ha defendido contra este reproche —que parece que se ha hecho también contra una sentencia de 10 de julio de 1950 aparecida posteriormente— en una sentencia de 14 de marzo de 1951 (Bay VerfGHE 2, 51 [58]). El mismo expone “(...) el VerfGH en su sentencia de 10.6.1950 ha mostrado simplemente el convencimiento de que también el constituyente se encuentra sometido al *derecho*, a cuya esencia y sentido corresponde servir a los valores morales de la dignidad humana y de la justicia y con ello a la libertad. Todo poder público —y con ello también el poder constituyente— se encuentra limitado en su origen por la idea de derecho. Solo si —de acuerdo con el extremo positivismo jurídico— se parte del presupuesto de que el constituyente es el único creador de derecho en el sentido de un orden coactivo con un contenido discrecional, puede tener sentido el reproche de que el Tribunal Constitucional ha usurpado el poder constituyente con su sentencia de 10.6.1950”.

de las afirmaciones de APELT, dos aspectos deben de ser considerados: rotundamente rechazada es la competencia de los tribunales, incluida la de los Tribunales Constitucionales, para reputar inválidas por cualquier motivo las normas constitucionales. Además, es negada cualquier posibilidad de contradicción de las normas constitucionales con un derecho *metapositivo*, porque se parte de la idea de que el constituyente es *soberano* cuando instaura el sistema de *valores* de la Constitución, con lo que proscribe la existencia de un derecho *metapositivo*.

Como voz de los nuevos estudios de derecho comparado pueden incluirse aquí las detalladas explicaciones de SPANNER²⁵ que se dedican, entre otras cosas, al derecho alemán, naturalmente todavía no a la Ley Fundamental de Bonn, sino a la Constitución de Weimar. SPANNER representa, bajo la alusión particularmente a KELSEN²⁶, la posición de que el control judicial solo resulta admisible bajo “el parámetro de la Constitución” y que un control basado en reglas *metapositivas* es imposible porque el recurso a tales reglas está destinado a poner en peligro la función de la jurisdicción constitucional. Según él, la jurisdicción constitucional es, al igual que cualquier jurisdicción, aplicación de normas. En ese sentido, las controversias jurídicas que debe dirimir son controversias consti-

25 *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen* (Viena 1951), especialmente la parte VI (pp. 62 y ss.): las normas aplicables en el control de las leyes y de los reglamentos.

26 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, tomo 5 pp. 65 y ss. (68 y ss.).

tucionales en el sentido que el tribunal, en los casos existentes, ha de decidir de acuerdo con las normas constitucionales. Con esta constatación se responde ya fundamentalmente a la cuestión sobre el derecho aplicable por parte del Tribunal Constitucional: este es el conformado por las *leyes constitucionales* y solo ese. El *derecho consuetudinario*, en el ámbito de un concepto material de Constitución, puede ser, desde luego, un fundamento también para el control judicial en tanto que el ordenamiento jurídico haya reconocido al derecho consuetudinario como fuente de derecho constitucional. La demostración del riesgo surgido con el recurso a las normas metapositivas lo aprecia SPANNER a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, debido a la identificación de presupuestos de derecho natural en la Constitución, aplicados especialmente en su jurisprudencia sobre la legislación sobre el *New Deal*, ha traspasado sus propios límites y precisamente con ello ha causado un conflicto con el Presidente. Por ello, a juicio de SPANNER, la competencia jurisdiccional del Estado encuentra sus límites justamente allí donde no existen más normas susceptibles de poder ser aplicadas. Por lo tanto, la jurisprudencia excede sus límites donde, sin una concreta habilitación, quiere ir más allá en la interpretación y la aplicación del derecho válido.

En contra del recurso a reglas *metapositivas* se ha pronunciado también ARNDT.²⁷ El citado autor no rechaza ciertamente por principio el “derecho natural”

27 DVBl. 1951, 299.

que lo considera, sin embargo, incapaz de ser reglado por ley, en la medida en que es “en general, indeterminable”. Por ello, a su juicio, los órganos legislativos hubieran tenido que limitarse al aprobar la Ley del Tribunal Constitucional Federal a crear un tribunal destinado a aplicar la Constitución, cuyo único parámetro de control fuera la Constitución. Por ello entiende que, como se ha afirmado con razón, ante el foro del Tribunal Constitucional Federal la cuestión del derecho natural no puede plantearse en orden a una decisión.

IPSEN²⁸ reconoce de un lado, con alusión a E. V. HIPPEL²⁹, que a la “Constitución”, como parámetro de constitucionalidad, pertenecen también los denominados “principios constitutivos implícitos del espíritu constitucional”. Por otro lado, presupone, sin embargo, que la competencia del control judicial no puede poner en duda ni la positividad de la Constitución ni su obligatoriedad, ni por tanto su legitimidad en sus dos manifestaciones. La controversia sobre la cuestión de si las normas *supraestatales*, los principios de “derecho natural” u otros valores metafísicos, constituyen el supremo criterio de control judicial y si un tribunal puede y debe negar la aplicación a una ley contraria a aquellos, encuentra, a su entender, prácticamente su supresión con la decisión de la Constitución sobre la vigencia de sus derechos fundamentales (artículo 1,3) y sobre la

28 DV 1949, 490; *Deutsche Landesreferate* zum III. Internat. Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950 (Berlín y Tubinga 1950) p. 812.

29 HdbDStR II p. 558.

obligatoriedad, respecto de la legislación, del “orden constitucional” (artículo 20,2), junto con el principio de igualdad (artículo 3,1). La inclusión material de dichos valores supremos en un sistema constitucional bajo la actualización de derechos fundamentales, al mismo tiempo, con pretensión de obligatoriedad para el legislador, implica *su* sometimiento a la “Constitución” en el así entendido sentido y eximiría al titular de la competencia judicial de control de la tarea de aplicar sobre la norma objeto de control algo más allá o por encima de las reglas valorativas contenidas en la Constitución misma.

Expresamente *en favor* de un control jurisdiccional sobre la “constitucionalidad de la Constitución” se manifiesta GREWE³⁰. A su juicio, la objeción según la cual una concreta disposición constitucional no es ninguna “ley” cuya “constitucionalidad” pueda ser discutida, en la medida en que integra la Constitución sobre todas las leyes, no puede ser reconocida como totalmente correcta en el contexto de un sistema constitucional en el que la Constitución no vale por constituir la expresión de un poder omnímodo de decisión eximido de cualquier vínculo jurídico, sino solo en la medida en que se encuentra sometida a determinadas normas que ocupan una posición superior a aquélla. Esta vinculación jurídica del poder de decisión del constituyente repercute en dos sentidos. Primero, cada Constitución encuentra el límite de

30 *Rechtsgutachten über die Rechtsgültigkeit des Art. 41 der hess. Verfassung*, p. 6; *cfr.* allí también pp. 7 y ss., 16 y ss.

su eficacia en ciertas normas jurídicas intangibles de naturaleza *metapositiva* que a la vez justifican y limitan el acto del poder constituyente (“legitimidad del poder constituyente”). Segundo, el acto de creación de una Constitución, en todos los casos en los que no se trata de una mera decisión constitucional revolucionaria, se encuentra vinculado por los procedimientos establecidos en las normas “preconstitucionales” del constituyente (“legalidad del poder constituyente”). Si surgen las consideraciones en contra de la legalidad del acto del poder constituyente, se plantea pues la cuestión sobre la “constitucionalidad de la Constitución”, mientras que si los defectos se circunscriben a una concreta disposición constitucional, la cuestión versa sobre la “constitucionalidad de una norma constitucional”. Para el comentado autor, la competencia de control jurisdiccional del Tribunal Supremo federal, en lo que se refiere a la “constitucionalidad de las leyes”, se extiende también al control relativo a la “constitucionalidad de la Constitución” contenida en aquélla³¹.

31 Las dos últimas afirmaciones pueden suscitar la impresión de que GREWE entiende bajo la expresión “constitucionalidad” exclusivamente su *legalidad*, debido a las, por él subrayadas, vinculaciones *metapositivas* del constituyente. Sin embargo, que esto no es así lo muestran las afirmaciones de GREWE que siguen inmediatamente: “Esto es reconocido en la sentencia del VerfGH de Baviera de 24.4.1950” —¡una sentencia que claramente tiene como objetivo la *legitimidad*, no la *legalidad*! (cfr. sobre ello arriba p. 40).

En favor de una más amplia competencia jurisdiccional sobre el control de las normas constitucionales se manifiesta también KRÜGER. El citado autor sostiene³² que el enunciado de los artículos 132 y 133 de la Constitución de Essen, en la medida en que impiden al juez durante el proceso negar la constitucionalidad de leyes y de reglamentos, no engloba ciertamente tampoco un control sobre la validez de una norma constitucional. Pero, ateniéndose efectivamente al sentido de aquellas disposiciones, se indica entonces, en base a la máxima argumental de menor a mayor, que tampoco el Tribunal Supremo podría negar la constitucionalidad formal o material de las normas constitucionales. KRÜGER presupone junto a ello la competencia de control en lo relativo a la “constitucionalidad de las normas constitucionales”, aunque alberga ciertas dudas sobre si los *tribunales ordinarios* o el *Tribunal Supremo* son competentes. En otro comentario³³, KRÜGER afirma una competencia de control jurisdiccional en lo que se refiere a la adecuación de una norma constitucional con otras normas constitucionales de “superior rango”. En aclaración de las sentencias citadas arriba³⁴ del OVG. de Hamburgo y del VGH. de Baden-Württemberg (de 21 de noviembre de 1949), se muestra contrario a la suposición realizada en ellas de que toda norma plasmada en un documento constitucional posee la misma naturaleza y rango que cualquier otra

32 AöR 77 1951, p. 55.

33 NJW 1950, pp. 163 y ss.

34 Cfr. las notas 7 y 12.

disposición incluida en el mismo. Si la Ley federal anunciada el artículo 131 de la Ley Fundamental de Bonn no se aprueba dentro de un plazo aceptable, la disposición constitucional, que está concebida como norma transitoria, se convierte en una norma permanente, esta “mutación” constituye una inconstitucionalidad. Piensa KRÜGER que no solo por su naturaleza de norma transitoria, sino sobre todo por su contenido, el artículo 131 es una norma de inferior rango comparado con las normas supremas de la Constitución. Ello vale especialmente en relación con el artículo 19, 4 de la Ley Fundamental de Bonn. La contradicción entre ambas disposiciones llega a una total intensidad si se deja pasar la ocasión del periodo transitorio. En efecto, tras el transcurso del periodo transitorio tal contradicción se hace insoportable, especialmente en vista de la superioridad de rango atribuida por la Constitución a los derechos fundamentales, en comparación con la Constitución de Weimar. El artículo 1, 3 de la Ley Fundamental de Bonn concibe a los derechos fundamentales como derecho directamente aplicable, que también vincula al legislador, y *por lo tanto, también al constituyente*. Lo que rechaza con carácter general, el constituyente se lo permite a sí mismo en el artículo 131. Si este se encuentra ante una contradicción tal consigo mismo, los tribunales, después del transcurso de un periodo transitorio conveniente, deben de situarse al lado de las *decisiones fundamentales* de la Constitución y promover su ejecución frente a eventuales posiciones del mismo constituyente contrarias a aquéllas.

A estas tesis de KRÜGER se ha adherido GIESE³⁵, quien califica como ‘absolutamente discutible’ la cuestión de saber si el artículo 131, a pesar de que se encuentre en la Constitución, es *contrario a la Constitución*. En cualquier texto constitucional, como en toda ley, puede distinguirse entre preceptos de una mayor o menor importancia. El artículo 131 de la Ley Fundamental de Bonn pertenece ciertamente a esas disposiciones de menor importancia en la medida en que posee una eficacia limitada temporalmente, ubicándose del todo al margen del contenido de los principios fundamentales de la Constitución³⁶.

Además, es necesario remitir a las consideraciones de MALLMANN³⁷ realizadas a una resolución de la *Agencia Superior de la Seguridad Social de Baden en Friburgo*. MALLMANN argumenta que también la interdicción de la arbitrariedad que vincula al legislador cabe ser deducida de la esencia del “actual orden constitucional material”. En lo que se refiere a la cuestión sobre la competencia de control jurisdiccional no es relevante si la interdicción de la arbitrariedad se encuadra puntualmente en el artículo 3, 1 de la Ley

35 BVBl. 1950, pp. 458 y ss.

36 Cfr. sobre ello SCHEUNER. “Politische Betätigung von Beamten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung” (En *Politische Treuepflicht im öffentlichen Dienst*; Francfort 1951) p. 72 nota 20. SCHEUNER manifiesta que “no se descarta la posibilidad de la invalidez de normas constitucionales que contravengan el contenido democrático fundamental de la Constitución”.

37 DRZ 1950, pp. 411 y ss. Cfr. también la glosa de MALLMANN en JZ 1951, pp. 245 y ss; además abajo nota 42.

Fundamental de Bonn o si se considera una norma deducida, en general, de nuestro orden constitucional: son “inconstitucionales” en el sentido del artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn no solo infracciones contra las disposiciones plasmadas en el texto constitucional sino también las infracciones contra las normas no escritas de la Constitución material. La cuestión de si, como resultado de la naturaleza metapositiva de la interdicción de la arbitrariedad, el juez se encuentra habilitado para enjuiciar las normas constitucionales al amparo de dicha prohibición, ha permanecido abierta por MALLMAN.

Una consideración merece además el punto de vista de FREISENHAHN³⁸ quien avala, con carácter general, la tesis mantenida por el VerfGH. de Baviera en lo que se refiere a la nulidad de las normas constitucionales por contravenir el derecho precedente a la Constitución³⁹.

Finalmente me permito hacer referencia a mis propias consideraciones realizadas en DRZ 1949, 555. Allí, en lo que se refiere a la validez del artículo 131 de la Ley Fundamental de Bonn tracé una nítida línea divisoria entre la *contrariedad con el texto constitucional*= *inconstitucionalidad* y la contradicción del derecho *metapositivo*. La posibilidad de una inconstitucionalidad de normas constitucionales la rechacé basándome en la argumentación de la sentencia del VGH. de Baden-Wurttemberg de 2 Noviembre de

38 *Staatsrechtslehrer und Verfassung* (Krefeld 1950) p. 22.

39 En el juicio de 24 de Abril de 1950, *cfr.* arriba nota 16.

1949, aunque allí afirmé, sin embargo, en general, la obligación del *constituyente* hacia el derecho *meta-positivo* y, por lo tanto, la posibilidad de considerar no obligatorias las normas constitucionales jurídico-positivas que contravengan aquél derecho. No sería capaz de mantener en la actualidad aquella distinción con unos contornos tan precisos; sobre ello se volverá en adelante.

3. Manifestaciones en el Parlamento Federal

Para completar nuestro resumen ha de aludirse también a las manifestaciones del diputado Dr. VON MERKATZ en el Parlamento federal en una enmienda sobre el proyecto de ley del Tribunal Constitucional Federal⁴⁰ que, con alusión a las manifestaciones del diputado Dr. ARNDT en la Comisión sobre Asuntos Jurídicos y Derecho Constitucional, y alejándose de las opiniones de SÜSTERHENN, ROTBERG y JERUSALEM,⁴¹ rechazó la posición de que el juez debe encontrarse sujeto solo a la ley, sino ante todo también a su conciencia. Una interpretación iusnaturalista como esta sobre la esencia de la función jurisdicción “contiene dinamita” según VON MERKATZ y debe desatar un movimiento contra la independencia judicial, puesto

40 *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, I legislatura 1949, informe taquigráfico, pp. 4218 y ss (112. sesión de 18 de Enero de 1951).

41 Cfr. por ejemplo, *Süsterhenn en Rhein. Merkur* 1950, número 11, p. 3; ROTBERG. “Zu einem Richtergesetz” (120 suplemento al DRZ), pp. 12 y ss, en particular, p. 14; JERUSALEM. *Kritik der Rechtswissenschaft* (Francfort 1948), p. 39.

que el juez podría orientarse en contra de las decisiones democráticas del Parlamento, hacia las líneas directrices de una justicia absoluta. El Tribunal Constitucional Federal alemán no habrá de decidir sobre normas absolutas o no absolutas, sino que ha de tomar como líneas directrices de su jurisprudencia la Constitución y, eventualmente, (!) también los principios fundamentales del derecho internacional⁴².

Este resumen relativamente detallado sobre las diferentes manifestaciones, nos parece necesario porque se desprende de todo ello dónde residen las dificultades de la solución a nuestro problema. Aquellas se encuentran presididas fundamentalmente por tres circunstancias:

1. por la diferente utilización del *concepto* de Constitución y también, inevitablemente, del concepto de *inconstitucionalidad*;
2. por las diferentes interpretaciones sobre la existencia de un derecho *metapositivo* y, con ello, de la *vinculación* o de la *libertad* del constituyente;

42 Aunque no estoy de acuerdo en modo alguno con las opiniones de SÜSTERHENN, etcétera, las afirmaciones de VON MERKATZ me parecen ser una simplificación inadmisibile del problema, y no resulta nada claro cómo se pueden armonizar con la Ley Fundamental de Bonn misma, y, en particular, con su declaración en favor de “los derechos humanos inviolables y inalienables” (artículo 1, 2). Más detalles más abajo pp. 63 y ss.; con respecto a las afirmaciones en el parlamento alemán *cf.* también ROEMER, JZ 1951, 194, y la glosa de MALLMANN, *ibidem* p. 245, que caracteriza estas afirmaciones, quizá de manera demasiado tajante, como un “conjunto de disparates”.

3. por una insuficiente distinción de la cuestión jurídico-material sobre la *validez* de una norma jurídica —en concreto, de una norma constitucional— de la cuestión procesal sobre un correspondiente derecho de *control judicial*.

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

1. La Constitución en sentido formal y en sentido material

La cuestión acerca de la posibilidad de admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales presupone una determinada comprensión del concepto de Constitución. En la medida en que aquí se aborda exclusivamente la cuestión sobre la constitucionalidad de las *normas jurídicas*⁴³, podemos dejar a un lado aquellas definiciones que entienden por Constitución alguno distinto a un sistema de normas jurídicas⁴⁴; ya que

43 Sobre el *comportamiento* adecuado a la Constitución *cfr.* por ejemplo artículos 5, 3, 2; 9, 2 y 21, 2 de la Ley Fundamental de Bonn.

44 Como en el sentido de la “concreta existencia total de la unidad política y del orden social de un determinado Estado”: Carl SCHMITT. *Verfassungslehre* (Munich y

una norma solo puede ser enjuiciada mediante otras normas, y no a través de un estado o de un proceso evolutivo⁴⁵. Pero también, dentro del así delimitado concepto de Constitución, resulta necesario distinguir todavía entre la *Constitución escrita* o Constitución en sentido *formal* y la Constitución en sentido *material*. Constitución en sentido *formal* es, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales —particularidades en su aprobación, su denominación y su reforma agravada—⁴⁶, o también la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente el contenido completo —que es, con frecuencia, en mayor o en menor medida circunstancial— de las disposiciones

Leipzig 1928) pp. 4 y ss; también allí otras acepciones.—Cfr. también la compilación de MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht* (Munich y Berlín 1951) p. 31— “Normas jurídicas”, “leyes”, son, contrariamente a C. SCHMITT, ibídem p. 24, por supuesto también las afirmaciones de la Constitución sobre la “concretas decisiones políticas” (por ejemplo, artículo 20,1 de la Ley Fundamental de Bonn: “la República alemana es un Estado federal democrático y social”). El hecho de que la decisión política *preceda* a la norma, no cambia nada. No la *decisión*, sino la *declaración* sobre tal decisión es una norma jurídica. En último extremo, *cualquier* norma jurídica autónoma se basa en una decisión, y no puede comprenderse por qué justamente a las plasmaciones sobre las decisiones fundamentales debe negárseles la consideración de normas jurídicas.

45 Junto a esto no debe de ignorarse que cada estado real y cada proceso evolutivo pueden incidir, por su parte, en la generación de una norma. Pero solo las *normas* así generadas, aunque a menudo no escritas, son las que deben de tenerse en cuenta por nosotros, no el estado o el proceso como tales.

46 C. SCHMITT ibídem pp. 11 ss.; MAUNZ ibídem pp. 31.

del texto constitucional⁴⁷. Por su parte, con el concepto de Constitución en sentido *material* se alude, en general, al conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado⁴⁸. Si se define este concepto de Constitución no por su objeto, sino desde un punto de vista funcional, la Constitución en sentido material es “el sistema integrado por aquellas normas que forman parte esencial de la pretensión jurídico-positiva de determinar la función del pueblo en un orden integrador”⁴⁹. En este ámbito se pospondrá por un momento la cuestión sobre la relación existente entre el concepto material de Constitución y el derecho *metapositivo*. El derecho constitucional material puede también existir al margen del texto constitucional y, a la inversa, no cualquier norma formalmente constitucional tiene la consideración de derecho constitucional material con función integradora. En realidad, numerosas normas formalmente constitucionales deben su inclusión en la “Constitución” simplemente a consideraciones tácticas y, en particular, a la intención de los grupos políticos que aprueban el texto constitucional de sustraer sus normas a una reforma iniciada por una futura mayoría parlamentaria. La diferencia de rango así producida entre las normas

47 SMEND. *Verfassung und Verfassungsrecht* (Munich y Leipzig 1928) pp. 132.

48 Cfr. G. JELLINEK. *Allgemeine Staatslehre* (Tercera edición, Berlín 1922) p. 505; MAUNZ *ibídem* p. 31.

49 SMEND *ibídem* p. 132.

formalmente constitucionales es, como SMEND ha puesto de manifiesto, una *cuestión jurídica*⁵⁰.

2. Constitución y derecho *metapositivo*

Una especial consideración requiere la cuestión sobre la relación existente entre la Constitución y el derecho *metapositivo* (“preestatal”, “metaestatal”). Este problema se encuentra solucionado por completo, aunque solo *aparentemente*, a través de la “positivación” del derecho *metapositivo* en el texto constitucional. Seguramente el constituyente mismo, como MALLMANN ha puesto de manifiesto⁵¹, particularmente a través de los artículos 1, 3; 20, 3 y del artículo 25, ha puesto el “mástil en las estrellas”, y ha incluido valores metafísicos en el sistema constitucional, reconociéndolos así como derecho constitucional “válido”, en el sentido de su positividad. Pero con ello no se encuentra todavía demostrado suficientemente que

50 *Ibidem*, pp. 136 y ss. Cfr. también KRÜGER en NJW 1949 p. 163, que caracteriza con razón como desacertado, por ejemplo, de ubicar en un mismo rango, por un lado, la disposición del artículo 48, 3 de la Ley Fundamental sobre la gratuidad de los viajes de los parlamentarios y, por otro, las obligaciones del *Bund* y de los *Länder* impuestas por el artículo 28 de respetar los principios republicano y de Estado de derecho, solo por la razón de que los dos están plasmados en el texto constitucional. Derecho constitucional material no es el artículo 48,3, como tampoco, por ejemplo, el artículo 129, 3, 2 de la Constitución de Weimar sobre el derecho de los funcionarios a examinar su expediente personal, frecuentemente considerado como ejemplo clásico de un derecho constitucional “formal”.

51 JZ 1951, 245.

aquella positivación agote el contenido del derecho *metapositivo*, y aún menos se pruebe que todas las concretas normas del derecho formalmente constitucional se encuentren en consonancia con el derecho *metapositivo* —ni menos aún en consonancia con el derecho *metapositivo* no agotado con la positivación—. Aquella positivación sería capaz de solventar, a lo sumo, la tensión existente entre el derecho positivo y el derecho *metapositivo de lege lata*, esto es, durante la vigencia de tal positivación; porque no existe, a pesar del derecho *metapositivo* positivado a través de la “intangibilidad” reconocida en el artículo 79, 3 de la Ley Fundamental de Bonn, una garantía absoluta para la futura vigencia del derecho así garantizado⁵², silenciando del todo el carácter provisorio de la Constitución en su conjunto (artículo 146). El problema fundamental de la *validez* de una Constitución —no solo en el sentido de su positividad, sino también, y sobre todo, en el sentido de su *obligatoriedad jurídica*—, por tanto, subsiste. Además, nuevamente la cuestión jurídico-material sobre la validez de la Constitución conforme a las normas de derecho *metapositivo* no ha de ser confundida con la cuestión sobre la competencia judicial, acaso exista, en lo relativo al control de constitucionalidad.

A la *validez* de una Constitución pertenece su *legitimidad* bajo dos especies: *positividad* en el sentido de su “existencia como plan y expresión de un poder eficaz” y *obligatoriedad* en el sentido de la obligación de los

52 Sobre ello abajo p. 72.

sometidos a las normas jurídicas⁵³. Esta obligatoriedad persiste solo en la medida en que el legislador tome en consideración los “principios constitutivos de cada orden jurídico”, especialmente si hace esfuerzos hacia la justicia y evita las normas arbitrarias. Sin embargo, esa obligatoriedad solo persiste en adelante —y en esto me aparto de la anterior distinción de E. VON HIPPEL⁵⁴— si el legislador observa los mandatos fundamentales de las leyes morales reconocidas por la comunidad jurídica, posiblemente diferentes según el tiempo y el lugar o, al menos, si aquéllos no resultan rechazados conscientemente⁵⁵. El derecho es efectivamente, según la conocida expresión de Georg JELLINEK⁵⁶, solo un “*minimum ético*”, pero siempre justamente un *minimum ético*, de otra manera no sería tampoco *derecho*. Naturalmente, el “derecho natural”, que *sobrepasa* aquél mínimo, puede ser significativo como principio regulador para el legislador o como máxima interpretativa en casos dudosos no expresamente regulados por el legislador; pero no

53 E. VON HIPPEL, HdbDStR II, pp. 547 y ss.

54 Ibidem, p. 548. Parece que E. VON HIPPEL extiende en la actualidad también estos límites, como he tomado de su trabajo sobre *Die Krise des Staatsgedankens und die Grenzen der Staatsgewalt* (Stuttgart 1950); cfr. allí especialmente p. 53, donde VON HIPPEL habla de los límites de la competencia “los que en atención a Dios, a la humanidad, a los concretos hombres, así como a las sociedades naturales, valen en sí para la competencia del Estado”, y donde esos límites son caracterizados “como la mínima de las exigencias que también ha de observar el Estado para poder ser concebido como un orden vinculante”.

55 RADBRUCH ibídem.

56 *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (Segunda edición, Berlín 1908) p. 45.

es nada más que esto en principio. Ningún defensor del derecho *metapositivo* que pretenda ser tomado en serio puede pretender afirmar que todos los postulados que la razón, la naturaleza, la religión o la ley moral reclaman al ordenamiento jurídico sean derecho válido solo por el hecho de que sean postulados de este tipo. Los temores manifestados en el Parlamento federal sobre la “dinamita” que constituía la idea del derecho natural⁵⁷ deben ser atribuidos más bien a la multitud de acepciones existentes del concepto de derecho natural, fusionadas todas ellas otra vez más sin un necesario análisis crítico.

El así delimitado derecho metapositivo constituye un orden *objetivo*⁵⁸. El recurso a ese orden hay que distinguirlo totalmente, en particular, del recurso a la conciencia individual como fundamento de validez o fuente de las decisiones judiciales⁵⁹. Por ello, la posi-

57 Véase arriba pp. 46 y ss.

58 Eso lo pasa por alto a mi juicio SPANNER (*cf.* p. 46). Es ciertamente correcto que toda jurisprudencia encuentra sus límites allí donde no existe ninguna norma —un principio que ha remarcado expresamente una vez más E. KAUFMANN en otro contexto en el Congreso de Profesores de teoría del Estado de Munich celebrado el 20 Octubre de 1950—. Sin embargo, es inadecuada la aplicación generalizada pretendida por SPANNER de dicho principio a “normas *metapositivas*”. Es una *petitio principii* si una norma se identifica con norma de derecho positivo (en todo caso todavía con la inclusión del derecho consuetudinario) y Constitución con el texto constitucional, y si conforme a ello las normas *metapositivas* principalmente no se incluyen en el “derecho válido”.

59 Además las acertadas consideraciones de Karl PETERS. “Das Gewissen des Richters und das Gesetz” (*Gegenwartsprobleme des Rechts I, Veröffentlichungen der Sektion für Rechts —und*

ción del diputado VON MERKATZ frente a SÜSTERHENN, ROTBERG y JERUSALEM, no se encuentra desprovista de una cierta justificación. Pero justamente a causa de aquélla no solo posible sino también necesaria distinción, una afirmación tal no dice nada en contra de la existencia y obligatoriedad del derecho metapositivo, siendo una posición básicamente equivocada pensar que “la idea de derecho natural” y la sujeción del juez a su conciencia —al lado de o incluso encima del derecho objetivo— son una misma cosa.

Dentro de los así diseñados límites el legislador, y especialmente el constituyente, goza de un amplio margen para desarrollar autónomamente su propio sistema de valores. ¡Pero solo *dentro* de aquellos límites! La limitación de la legitimidad de una Constitución a su *positividad*, como ha puesto de relieve convincentemente E. VON HIPPEL, correspondería al fin y al cabo a la equiparación poder=derecho, lo que sería tanto como afirmar que, utilizando una argumentación teológica, “lo que procede del poder del demonio, confirma la obligatoriedad religiosa de las

Staatswissenschaft der Görres-Gesellschaft. Nueva edición. Tomo I, Paderborn. 1950. pp. 23 y ss.) p. 24—. Una expresa remisión a la conciencia del juez se contiene sin embargo en el artículo 121 de la Constitución de Renania-Palatinado; también en el anteproyecto de Constitución de Herrenchiemsee que contiene una disposición similar (artículo 132).

En contra de esta interpretación de JERUSALEM que, a mi entender, conduce a una disolución de las reglas objetivas, *cfr.* mis propias consideraciones en DÖV 1950, 479 (reseña del trabajo de JERUSALEM: “Kritik der Rechtswissenschaft”).

leyes infernales”⁶⁰. No solo el recuerdo a un pasado cercano permite advertirnos vivamente sobre el reconocimiento de aquella equiparación, sino también la Constitución misma lo prohíbe ya que la inclusión en ella del derecho metapositivo tiene —de otro modo aquél derecho no sería precisamente “metapositivo”— solo un efecto *declarativo* y no *constitutivo*⁶¹, esto es, la Constitución no *crea* dicho derecho sino lo *reconoce*. Ello se deriva evidentemente del artículo 1, 1 y del artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn. También de la génesis histórica de la Constitución avala dicha interpretación⁶². Lo expuesto vale, con algunas particularidades, para las Constituciones de los Estados federados⁶³. Un reconocimiento de esas

60 *Ibidem* p. 548. *Cfr.* además también Karl SCHMID en la Conferencia de juristas de Costanza (DRZ 1947, pp. 205 y ss.): “Debemos plantearnos de nuevo que la justicia se antepone al derecho positivo y que solo las categorías intangibles creadas por la voluntad del hombre son capaces de convertir leyes en derecho —quien quiera que sea el legislador, un tirano o un pueblo—. Proteger esto es la esencia de nuestra función como juristas. Si nosotros lo olvidamos, nos degradamos a sirvientes y esclavos del poder”. Sobre la dificultad o la imposibilidad frecuentemente afirmada de *reconocer* adecuadamente tales límites, *cfr.* abajo pp. 100 y ss.

61 Así también GIESE GG (segunda edición), II al artículo 1 (p. 25).

62 La Comisión de Asuntos Constitucionales resolvió el 21 de septiembre de 1948 expresamente aceptar los denominados “derechos preconstitucionales”; *cfr.* sobre ello v. MANGLODT, GG, comentario 2 precedente al artículo 1; WERNICKE en Bonner Komm. I al artículo 1.

63 *Cfr.* sobre ello las anotaciones en SÜSTERNHENN, “Der Durchbruch des Naturrechts in der deutschen Verfassungsgebung

características no puede ser, sin embargo, un reconocimiento *parcial*. Porque o bien *existe* un derecho *metapositivo*: en cuyo caso “vale” independientemente de su reconocimiento, esto es, aun cuando no fuera positivado, o bien no existe *ningún* derecho de tales características: con lo que sería cada “reconocimiento” parcial una contradicción en sí misma.

De ello se desprende que el *concepto material de Constitución exige una consideración del derecho metapositivo*. Esta excepción opera particularmente frente a la definición de R. SMEND que parte —al igual que APELT y SPANNER en las anteriormente reproducidas consideraciones— de una ilimitada *autonomía* del constituyente, mientras que dicha autonomía realmente solo existe en el marco de los mandatos metapositivos⁶⁴⁶⁵. Constituciones válidas en

nach 1945” (*Gegenwartsprobleme des Rechts*, I pp. 43 y ss.) especialmente pp. 47 y ss.

64 Sobre ello las acertadas consideraciones del VerfGH. de Baviera en la sentencia de 14 de marzo de 1951, véase arriba la nota 24.

65 La misma duda puede expresarse respecto al concepto “positivo” de Constitución de C. SCHMITT (“Constitución en sentido positivo como decisión total del poder constituyente sobre el modo y forma de la unidad política de un pueblo”; *ibídem* pp. 20 y ss.) Especialmente expresivas son las consideraciones de C. SCHMITT; *ibídem* pp. 237 y ss., sobre todo la afirmación de que todo recurso a la voluntad de Dios contiene un momento “de trascendencia antidemocrática”. Esto es comprensible a partir de la delimitada distinción conceptual de C. SCHMITT entre los elementos *democráticos* y de *Estado de derecho* de una Constitución. Por el contrario, el sentido terminológico actual (occidental), bajo la particular influencia de la terminología anglo-americana,

sentido material son, por lo tanto, solo aquellas que expresan la pretensión jurídico-positiva de un *orden de integración*. Si, consecuentemente, *todo* derecho *metapositivo* es parte integrante de la “Constitución” y si su infracción se muestra como “inconstitucional” es una cuestión que, en lo esencial, solo posee una importancia terminológica. Que el expresamente *positivado* derecho *metapositivo* pertenezca a la Cons-

tiende a incluir los elementos del Estado de derecho en el concepto de democracia, mientras a la inversa, en las “democracias populares” se entiende por democracia solo el poder “radical” del pueblo, independiente de cualquier otra entidad. La Ley Fundamental de Bonn parte claramente de la existencia de valores trascendentes (“¡En la conciencia de su responsabilidad ante Dios y los hombres!”), sin embargo, aquí no pueden ser tratadas las concepciones de corte religioso, humanista y racional interrelacionadas en los que se basan estos valores en último extremo. *Cfr.* sobre ello la distinción de KRÜGER (DBVI. 1951, pp. 362 y ss.) entre un antiguo tipo de “democracia relativista” y la nueva clase de “democracia absoluta” basada en el reconocimiento de valores absolutos materiales (en este contexto, KRÜGER clasifica la república federal como democracia absoluta con respecto a los valores políticos, y como democracia relativista con respecto a los ideales económicos). La distinción es, en la práctica, adecuada, aunque desde un punto de vista terminológico es poco acertada. Lo que es aceptado como absoluto no son justamente los valores *democráticos* sino los del *Estado de derecho*. La expresión “democracia absoluta” sería más adecuada para su contrario, es decir para el “absoluto” poder popular, esto es, libre de cualquier vinculación. En este sentido es utilizado también por GREWE (ibídem, p. 16) justamente en contraposición a la democracia constitucional y de Estado de derecho.

titución, queda fuera de toda duda⁶⁶. Si el derecho *metapositivo* no abarcado a través de la positivación, a causa de la necesidad de su obligatoriedad jurídica, puede pertenecer al “derecho constitucional” como parte no escrita de un orden fundamental estatal, carece de sentido para la pregunta aquí planteada sobre su *validez*. Si es Constitución en el sentido de parámetro de control judicial de constitucionalidad será analizado seguidamente.

66 IPSEN, DV 1949, 490 (=Deutsche Landesreferate p. 812).

CAPÍTULO IV

LAS DISTINTAS POSIBILIDADES DE NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES (INVÁLIDAS)

La distinción entre Constitución en sentido formal y en sentido material genera también la distinción entre la inconstitucionalidad de las normas jurídicas por la infracción de la Constitución escrita (formal) y por la contradicción del derecho constitucional material no escrito⁶⁷. Naturalmente puede

67 Esta distinción nada tiene que ver con la distinción entre la inconstitucionalidad “formal” y material” de una norma en el sentido de una contradicción procedimental o material de la Constitución; sobre ello E. VON HIPPEL *ibídem*, p. 557. Como IPSEN (*ibídem*) señala acertadamente, aquella clasificación no distingue la competencia jurisdiccional de control según la Ley Fundamental de Bonn (¡a pesar de que esto, contrariamente a lo que dispone el artículo 93, 1, 2 —“adecuación formal y material”— no se encuentra reconocido expresamente en el artículo 100!).

también —y de hecho así sucede— que la Constitución *formal*, al mismo tiempo, contenga una norma constitucional *material*, de manera que podremos distinguir entre una infracción contra la Constitución *solo* formal y contra una norma a la vez formal y materialmente constitucional. Sin embargo, aquí podemos desatender esa distinción en la medida en que no aporta nada para la invalidez de una norma contraria a la Constitución formal determinar si y en qué medida dicha norma constitucional es, al mismo tiempo, derecho constitucional material. Basta, por tanto, distinguir entre la inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional *formal* (aunque también en la mayoría de los casos también material) y por la contradicción del derecho constitucional *solo material*.

1. Infracción de la Constitución escrita

Una norma *constitucional* puede ser también “inconstitucional” por la infracción del derecho constitucional escrito (formal).

a. *Inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales*

La pregunta acerca de la validez de una Constitución se apoya, en general, solo en su *legitimidad* y no su *legalidad*. Sería, de hecho, poco significativo, querer hacer depender la validez de una Constitución de su “legalidad” en el sentido de su aprobación conforme a las prescripciones de la Constitución anteriormente válida. Además dicha aprobación nada tiene que ver

con la legitimidad de la Constitución⁶⁸. Sin embargo, en determinadas circunstancias también las cuestiones de legalidad, tanto las relativas a una Constitución en su totalidad, como las que se refieren particularmente a las concretas normas constitucionales, pueden ser significativas.

Ese es, por un lado, el caso de que el texto constitucional mismo haga depender su entrada en vigor de determinadas condiciones. La Constitución que fuera promulgada y sancionada *sin* la obligatoria aceptación por parte de las Asambleas legislativas de las dos terceras partes de los *Länder* alemanes, prevista en el artículo 144,1, no sería en realidad una Constitución aprobada válidamente. Tampoco sería capaz de cambiar nada en eso el hecho de que se plasmara incorrectamente aquella aceptación de la Constitución en el momento de su publicación⁶⁹. Sin embargo, también una norma constitucional *concreta* puede carecer de legalidad por el hecho de que solo esa norma no se adecue a las condiciones dispuestas para ella por la Constitución, como la ratificación por la voluntad popular. Un caso de estas características ha servido de base, en cualquier caso según el parecer del demandante, a la conocida controversia jurídica sobre la validez del artículo 41 de la Constitución de Essen en el que se produjo aparentemente una diferencia entre la versión aprobada por la Asamblea Constituyente del

68 Cfr. C. SCHMITT. Op. cit., pp. 88 y ss.

69 Así, respecto de la cláusula de promulgación de la Constitución de Essen, acertadamente KRÜGER en AöR 77 (1951) p. 55.

Land y la redacción sometida a la ratificación popular por un lado, y la versión definitivamente publicada, por otro⁷⁰. Aunque en el seno de una Constitución generalmente eficaz, una de las normas no satisfaga las condiciones dispuestas en ella para que pueda ser eficaz, cabe hablar de una norma constitucional “inconstitucional” siendo, por lo tanto, *inválida*.

Además, tal y como ha señalado GREWE,⁷¹ puede ser significativa la legalidad de una norma constitucional si el procedimiento de elaboración de la Constitución se encuentra regulado en las normas “preconstitucionales”. El cumplimiento de este procedimiento se presenta, entonces, como una condición de validez de la Constitución. Desde luego, las leyes preconstitucionales solo son capaces de vincular al poder *constituido* y no al titular del poder *constituyente*, que puede reprogramarlas en cualquier momento mediante un acto de poder constituyente originario. Las objeciones, que serán presentadas en el párrafo siguiente, contra las normas constitucionales que regulan su propia reforma valen, por tanto, frente a las normas de carácter procedimental contenidas en las

70 *Cfr.* sobre ello particularmente KRÜGER *ibídem*, pp. 46 y ss. (*Rechtsfragen der Sozialisierung in Hessen*); además GREWE en el señalado dictamen jurídico (allí posteriores alusiones bibliográficas). Sobre ello ahora también la sentencia citada en la nota 13.

71 *Ibidem*, pp. 6 y ss. de acuerdo con el StGH. de Essen (véase arriba nota 13).

leyes preconstitucionales⁷². Una norma constitucional solo puede ser considerada inválida o “inconstitucional” por la contradicción de tales disposiciones procedimentales si y en tanto el titular del poder constituyente reconoce tales leyes como vinculantes, de manera que estas serían por sí mismas también derecho constitucional válido.

b. Inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional

Una ley de reforma constitucional (en la medida en que se trata de la Constitución, siempre una ley de reforma del *texto* constitucional, artículo 79,1) puede contravenir desde un punto de vista formal o material las disposiciones de la Constitución formal. El primer supuesto se da cuando la reforma constitucional no se encuentra contemplada en las disposiciones *procedimentales*. El último se corresponde con el hecho de que una ley pretenda un cambio de las normas constitucionales a pesar de la intangibilidad declarada en el texto constitucional, lo que sucedería, por ejemplo, en el caso de una ley de reforma constitucional que pretendiese suprimir la distribución del *Bund* en *Länder* o la colaboración de estos en la función legislativa, reconocidas en el artículo 79, 3 de la Ley Fundamental de Bonn, o afectar a los principios fundamentales recogidos en sus artículos 1 y 20. No es necesario aclarar

72 Este inciso fue introducido posteriormente (véase el prólogo). En el interés de preservar lo más posible la redacción original se hará referencia anticipada a posteriores afirmaciones.

que la norma de reforma constitucional, a pesar de que constituye por sí misma una norma formalmente constitucional, de uno u otro modo, sería “inconstitucional”.

Desde luego, esta constatación posee una restricción esencial. Como ya se ha puesto de manifiesto, la legitimidad de una Constitución no significa que la misma deba de ser aprobada de acuerdo con las prescripciones de la anteriormente válida Constitución⁷³. Las disposiciones sobre la revisión de una Constitución solo son capaces de vincular al poder *constituido* y nunca al poder *constituyente*⁷⁴. Si una reforma constitucional se impone a pesar de su “inconstitucionalidad” (formal o material), y si, consecuentemente, el así aprobado derecho se convierte en positivo y si no se opone a su obligatoriedad su contradicción con el derecho *metapositivo*, entonces el nuevo derecho se concibe en adelante como derecho constitucional válido. Se trataría, por tanto, no de una *revisión* sino

73 C. SCHMITT *ibidem*, pp. 88 y ss.

74 C. SCHMITT *ibidem*, pp. 98 ¡También el “concreto legislador constitucional” (IPSEN en DV 1949, 490= *Deutsche Landesreferate* p. 811) del artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn es parte del poder constituido, no del poder constituyente! El artículo 76 de la Constitución de Weimar no implicaba, a mi juicio, ninguna negación del concreto poder constituyente (en ese sentido IPSEN *ibidem*, p. 488 así como p. 807), sino solo el distanciamiento de una concreta formalización de la revisión constitucional. El artículo 76 no habilitaba de ninguna manera a la supresión de los principios fundamentales de la Constitución, en la que se basaba, por su parte, esa competencia regulada en el texto constitucional: C. SCHMITT *ibidem*.

de una *supresión* (que eventualmente puede ser solo parcial) de la anterior Constitución, en consecuencia, no de un acto sometido a las normas constitucionales, sino más bien de un acto originario de poder constituyente, aunque el mismo haya pretendido ser efectuado externamente según el procedimiento de reforma constitucional legalmente previsto. Existen diferentes manifestaciones en las que la voluntad constituyente del pueblo puede adquirir validez, y una aparente revisión constitucional inconstitucional podría ser capaz de presentarse, en realidad, como voluntad del pueblo como titular del poder constituyente. Efectivamente, también una reforma constitucional inicialmente inconstitucional puede, a causa de una ulterior ratificación mediante la voluntad general, convertirse en un acto eficaz de verdadero poder constituyente⁷⁵.

c. *Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior*

Además surge la pregunta de si también una norma originariamente contenida en el texto constitucional (y formalmente aprobada) —norma pues no derivada de la limitada competencia de su revisión

75 Es por ello desacertado que en ocasiones se haya intentado poner en duda la legitimidad del orden constitucional del Tercer Reich en atención al procedimiento formalmente inconstitucional de la ley de plenos poderes. La (como mínimo en parte) ilegitimidad de dicho orden constitucional no se deriva de la forma del procedimiento sino de la supresión de los principios básicos del Estado de derecho.

por parte del poder constituido, sino procedente de la competencia ilimitada del poder constituyente— puede llegar a ser materialmente inconstitucional⁷⁶. Esta cuestión puede parecer paradójica a primera vista ya que una norma constitucional evidentemente no puede contravenirse a sí misma⁷⁷. Sin embargo, pudiera suceder que una norma constitucional de carácter secundario, en particular, una norma constitucional exclusivamente formal, contravenga una disposición constitucional fundamental de carácter material, lo que ha recibido, de hecho, la atención de reconocidos teóricos de la Constitución como KRÜGER y GIESE,⁷⁸ que han reconocido la posibilidad de que una norma constitucional de rango inferior por una contradicción tal sea inconstitucional e inválida.

Prescindiendo, ante todo, de la cuestión de “mutación de la naturaleza” de una norma constitucional señalada por KRÜGER, y apartándonos también del aspecto sobre la competencia jurisdiccional para su constitucionalidad, ha de analizarse la cuestión de si una norma del texto constitucional puede ser inconstitucional, y por tanto, carecer de obligatoriedad

76 En este contexto debo, en tanto que se trata de la Ley Fundamental de Bonn, dejar aquí al margen la problemática de la legitimación democrática del Parlamento, así como las particularidades de la situación de ocupación. Ambas cuestiones no impiden, a mi juicio, señalar que la Ley Fundamental de Bonn, dentro de los límites condicionados por la situación, es expresión de la voluntad del poder constituyente. *cfr.* IPSEN, *Über das GG*, pp. 25 y ss.

77 C. SCHMITT *ibídem*, p. 93.

78 En las afirmaciones citadas arriba, pp. 52 y ss.

jurídica, debido a la contradicción de una disposición del mismo documento constitucional de rango superior. Junto a ello, debe de excluirse también la posibilidad de admitir que la norma constitucional de rango superior contenga una positivación del derecho *metapositivo*, de manera que la norma de inferior rango carezca de obligatoriedad por la contravención de aquél derecho *metapositivo*. Así delimitado el problema, de ello surge la pregunta de si una norma del texto constitucional puede ser inconstitucional —o si se quiere evitar aquí esta expresión, en cualquier caso, carente de obligatoriedad jurídica— a causa de la contradicción de otra norma de superior rango, pero aprobada como una norma autónoma por el constituyente en el mismo texto constitucional. A esta conclusión acaban llegando, efectivamente, las consideraciones de KRÜGER, ya que el mismo pretende negar obligatoriedad al artículo 131, 3 de la Ley Fundamental de Bonn no solo por su contradicción con el —al mismo tiempo *metapositivo*— principio de igualdad del artículo 3, sino también particularmente, por su contravención del artículo 19, 4 (reconocimiento de la vía judicial por la lesión de los derechos fundamentales). Esta última disposición pretende ciertamente servir a la protección de los derechos fundamentales que, en parte, presentan una naturaleza *metapositiva*. Sin embargo, aquella misma, no es todavía derecho *metapositivo*. Que toda vulneración de los derechos fundamentales por parte del poder público abra una vía ante tribunales independientes constituye ciertamente un postulado fundamental del Estado de derecho; pero la garantía

de los derechos fundamentales podría tener lugar de otra forma, al margen del juez, y una cláusula de tutela judicial de los derechos tan completa es extraña a otras Constituciones, cuya vinculación a los presupuestos del Estado de derecho queda fuera de toda duda.

En tanto el constituyente opera autónomamente, aprobando normas que pueden bien no constituir la plasmación jurídico-positiva de un derecho *metapositivo*, sino ser solo la expresión de la libre voluntad del poder constituyente, éste puede admitir, en base a su misma autonomía, excepciones al derecho positivo aprobado. A mi entender, con ello no se hace ninguna distinción en lo que se refiere a si aquellas normas constitucionales poseen un superior o inferior rango y no me parece posible considerar inconstitucional una norma constitucional de inferior rango a causa de su supuesta no adecuación con los “contenidos fundamentales de la Constitución” (GIESE), ya que estos contenidos son también expresión de una aprobación *autónoma*. Aquí no cabe hablar de una “decisión fundamental” ni de una “toma de posición contradictoria ocasional”, como tampoco de “una contradicción del constituyente consigo mismo” (KRÜGER), sino a lo sumo de *regla* y de *excepción*. Si el constituyente se decide en favor de una determinada regulación, ese acto se percibe necesariamente como la expresión auténtica. Por lo tanto, o bien esa regla se encuentra en consonancia con los principios *fundamentales* de la Constitución o bien

la ha considerado como una excepción, desviándose conscientemente de aquellos principios. Sin duda, el constituyente, admitiendo dicha excepción, tampoco puede contradecir una norma de derecho *metapositivo*, especialmente la interdicción de la arbitrariedad, ¡inmanente a todo ordenamiento jurídico! Si lo hace, entonces la norma de excepción es, por supuesto, no obligatoria, pero no por su contradicción con la regla general, sino por el carácter arbitrario de la excepción misma⁷⁹. Retomando de nuevo el ejemplo práctico empleado por KRÜGER, según él, el artículo 131, 3 de la Ley Fundamental de Bonn no podría ser (o llegar a ser) inválido por la contradicción del artículo 19, 4, sino solo por la “vulneración” del principio de interdicción de la arbitrariedad, si cada excepción a la regla fuese, de hecho, arbitraria (lo que no puede afirmarse por los motivos puestos de relieve por mí en DRZ 1949, pp. 556 y ss.; en este contexto no importa, sin embargo, si una concreta norma es, de hecho, inválida, sino si y bajo qué circunstancias *puede* llegar a serlo).

En apoyo del parecer de KRÜGER podría alegarse, a lo sumo, que el propio constituyente puede haber ignorado que él, con una concreta norma constitucio-

79 Junto a ello ha de dejarse abierta la cuestión de si la interdicción de la arbitrariedad resulta idéntica, según la doctrina dominante, o no con el “principio de igualdad” positivado en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn. En contra de la opinión mayoritaria —a mi juicio acertadamente—: MALLMANN. En DRZ 1950, pp. 411 y ss. En lo que se refiere a la prohibición de la arbitrariedad *cf.* en particular THOMA. En HdbDStR II, pp. 140 y 151; E. VON HIPPEL, allí p. 548; JAHREISS allí p. 632.

nal, se sitúa en contra de sus decisiones fundamentales y que, por tanto, aquél no ha querido posiblemente admitir ni una excepción a la regla ni, en general, verificar la adecuación de cada concreta norma con sus decisiones fundamentales. Pero ¿quién podría demostrar fehacientemente que eso sea así? Ciertamente si algunos materiales fuesen capaces de hacer suponer una finalidad tal, sería determinante la aludida “voluntad objetiva del legislador” para la interpretación de la Constitución, como para la de cualquier otra ley, esto es, para un observador imparcial, la voluntad que se extrae de la *ley misma*, y aquélla, en el caso de una aparente contradicción entre un principio fundamental y una concreta norma de la Constitución puede ser comprendida solo, en el sentido de que el constituyente o quería admitir una concreta norma constitucional como excepción a la regla o, en general, ha negado la existencia de una contradicción tal. Debe de reconocerse, sin embargo, que en el caso de una irresoluble contradicción tampoco interpretable según la relación regla-excepción, así como, en definitiva, un error manifiesto, podría ocupar su lugar otro tipo de juicio.

d. Inconstitucionalidad a través de la “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales. Invalidez sin decisión expresa

Especial consideración merece la inconstitucionalidad, expresada por KRÜGER, en el sentido de una “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales. La argumentación de KRÜGER no resulta

en ese aspecto suficientemente clara. Por un lado, él habla de que el constituyente se ha manifestado con el artículo 131 “en contradicción consigo mismo”, ya en el momento mismo de la aprobación de la norma, porque posteriormente el legislador no actuó. Pero, por otro lado, KRÜGER afirma que solo representaría una “inconstitucionalidad” la “mutación de la naturaleza” del artículo 131 que se hace después del término de un periodo transitorio correspondiente, en otros términos, cuando una norma transitoria vuelve a ser una norma con pretensión de duración; según estas explicaciones la norma se habría convertido en inconstitucional solo posteriormente. Sin embargo, yo no quisiera negar rotundamente la posibilidad de una tal mutación de la naturaleza de las normas constitucionales ni tampoco de las consecuencias extraídas por KRÜGER. Si determinados presupuestos que han motivado al legislador a aprobar una norma, desaparecen posteriormente o si las expectativas vinculadas a una norma no se cumplen manifiestamente, la norma, de hecho, puede perder todo sentido. Será entonces, en la práctica, una tarea del legislador extraer las consecuencias de esto y cambiar la norma. En vista de la particular función integradora del orden constitucional, también puede ser posible que determinadas normas constitucionales puedan llegar a ser automáticamente obsoletas si tales normas no son capaces de desempeñar su función a consecuencia del cambio de las circunstancias fácticas o incluso quizás comiencen de desempeñar una función desintegradora. Sin embargo, hay que preguntarse en este caso si puede hablarse entonces de que dichas normas lleguen a ser en adelante

“inconstitucionales” o si no sería más exacto aquí hablar simplemente de normas fuera de vigencia. El momento de privación de vigencia de una norma —prescindiendo de su derogación posterior— puede ser precisado de diferentes maneras. Dicho momento puede ser precisado con arreglo a un elemento determinado. El mismo puede haberse vinculado a ciertos acontecimientos (artículo 131, 3, artículo 146 de la Ley Fundamental de Bonn), y posiblemente también a un cierto tipo de plazo (artículo 132, 1,1 de la Ley Fundamental de Bonn). Pero también producirse en el caso de que ciertos presupuestos dispuestos por el legislador como automáticos se hagan obsoletos o que la situación excepcional, para cuya regulación la norma fue aprobada, llegue a su fin⁸⁰. Si el legislador estatal hubiera decidido no aprobar la norma prevista en el artículo 131, yo no tendría ninguna duda en considerar a la norma de bloqueo del artículo 3 fuera de vigor, aunque tal cosa no se hubiera determinado de manera expresa. De la misma manera, se puede estar de acuerdo con el VGH. de Baden-Württemberg⁸¹, que afirma que el constituyente partió de la esperanza de que la ley prevista en el artículo 131 sería aprobada en un cierto (en realidad, difícil de precisar) *plazo de*

80 Así, el VerfGH. de Baviera en la sentencia señalada arriba de 14.4.1950 con referencia al artículo 184 de la Constitución de Baviera, afirma que “se presenta como excepción y como disposición transitoria, que con la conclusión del periodo transitorio, para cuya superación fue creada, encuentra su final por sí misma sin que se requiera una expresa derogación”.

81 En la sentencia ya señalada de 13 de noviembre de 1950 (DRZ 1950, 566).

tiempo, y que con la ausencia de dicha expectativa la norma de bloqueo se encontraría fuera de vigor. El VGH sostiene ahora precisamente que una exclusión de vigencia tal “nada tiene que ver con una posible inconstitucionalidad”. En cambio, cabe objetar en cualquier caso que tales normas constitucionales cuyo ámbito de aplicación temporal no se encuentra determinado claramente a través de un plazo de tiempo prefijado o a través del establecimiento de determinadas circunstancias, hasta su expresa derogación formal, permanecen en adelante como parte del texto constitucional, y que por tanto, si a causa de la eliminación de los presupuestos son incompatibles con el contenido material de la Constitución bien pueden, de acuerdo con este derecho, “resultar inconstitucionales”. En lo que se refiere la cuestión material sobre la *validéz* de tales normas no se hace ninguna distinción acerca de si “resultan inconstitucionales” o si se conciben como “fuera de vigencia”. Para la competencia del *control judicial*, por el contrario, es de decisivo valor conocer si aquellas normas son “inconstitucionales” *en el sentido del artículo 100,1 de la Ley Fundamental de Bonn*.

e. *Inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado*

A la “Constitución”, y por cierto, a la Constitución no solo en sentido material, sino también a la Constitución en sentido formal, pertenece igualmente el derecho *metapositivo* en tanto ha sido positivado a través del texto constitucional. Una norma que

contravenga el así positivado derecho constitucional es, por lo tanto, “*contraria al derecho natural*” y *al mismo tiempo inconstitucional*. Efectivamente, toda norma *constitucional* contraria a otra norma constitucional positivadora del derecho *metapositivo* resulta, en cualquier caso, *contraria al derecho natural* careciendo, por tanto, de la arriba (III 2) señalada legitimidad, en el significado de obligatoriedad jurídica. No tengo ninguna duda en concebir una norma tal también como “*inconstitucional*” a pesar de su pertenencia formal a la Constitución, aunque el motivo último de su no obligatoriedad resida en su contradicción con el derecho *metapositivo*. La “*inclusión material*” (IPSEN) de los valores supremos en la Constitución permite considerar toda contradicción del derecho *metapositivo* de dichas características necesariamente, al mismo tiempo, como una contravención del contenido material fundamental del texto constitucional, y por eso no puedo mantener mi anterior afirmación⁸², de que una norma constitucional contraria al derecho *metapositivo* ciertamente no es vinculante jurídicamente, pero no podría ser considerada “*inconstitucional*”. El derecho constitucional *metapositivo* positivado precede al derecho constitucional *solo* positivo como consecuencia de su inalienabilidad, por lo que aquí sí parece encontrar justificación —aunque *solo* en este caso— la propuesta realizada por KRÜGER y GIESE de comparar el rango de las diferentes normas consti-

82 DRZ 1949, 555; *cfr.* arriba pp. 54 y ss.

tucionales. La autonomía en la creación de derecho, que le corresponde al poder constituyente, esto es, a través de normas aprobadas autónomamente que puede quebrar las reglas a través de excepciones, se encuentra ausente allí donde la positivación implica simplemente un *reconocimiento* del derecho *pre-constitucional* y no la *creación de nuevas* normas. Por lo demás, para solucionar la pregunta sobre la *validez* de las normas que contravienen el derecho *metapositivo* positivado es aquí en su esencia irrelevante si se ubican o no en la categoría de “inconstitucionales”.

2. Contradicción del derecho constitucional no escrito

Una norma constitucional puede ser también “inconstitucional” por la infracción del derecho constitucional *material no escrito*.

a. *Inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional*

Al derecho constitucional no escrito pertenecen los denominados por E. VON HIPPEL “principios constitutivos subyacentes al texto constitucional”⁸³, entre los que se incluyen, por ejemplo, en un Estado federal, el principio de comportamiento amistoso entre sus miembros⁸⁴. Es cierto que tales principios constitutivos se encuentran justamente —en tanto no sean la

83 *Ibidem*, p. 558.

84 IPSEN DV 1949, 490= Deutsche Landesreferate p. 812. Cfr. sobre ello también SMEND. “Ungeschriebenes Recht im monarchi-

expresión de un derecho *metapositivo*— a disposición de los titulares del poder constituyente. Sin embargo, aquellos están solo de manera limitada a la disposición de los órganos del poder *constituido*. Por medio de los procedimientos de reforma previstos en el texto constitucional no pueden ser modificados discrecionalmente; la competencia de la revisión “no puede prescindir del marco de las normas constitucionales en el que se basa”⁸⁵. Por lo tanto, una ley de reforma de la Constitución aprobada de conformidad con el artículo 79, 1 de la Ley Fundamental de Bonn posiblemente pudiera ser considerada inconstitucional por la contradicción de algún principio constitutivo de la República Federal alemana sustraído al cambio. No solo una ley que pretenda modificar la distribución del *Bund en Länder*, estableciendo un estado centralista, sería inconstitucional por la prohibición expresa del artículo 79, 3 de la Ley Fundamental de Bonn, sino también sería inconstitucional, por otro lado, una ley que recortara las competencias de la Federación en favor de los Estados federados poniendo en peligro la unidad o la capacidad funcional de la Federación, porque contravendría el principio constitutivo no escrito que precede a todas las normas concretas destinado a conservar la unidad alemana, a la que sirve la República Federal.

schen Bundesstaat”, en *Festgabe für Otto Mayer* (Tubinga 1916) pp. 245 y ss.

85 C. SCHMITT *ibidem*, p. 98.

b. *Inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario*

Al derecho constitucional no escrito pertenece, además, el derecho constitucional *consuetudinario*⁸⁶, y por eso una norma puede ser inconstitucional por la contradicción de dicho derecho consuetudinario. Sin embargo, esta posibilidad se excluye, de hecho, en el caso de las normas *constitucionales*. El derecho constitucional consuetudinario (no escrito) puede *completar* la Constitución escrita, en cuyo caso no es concebible la posibilidad de un conflicto entre el derecho constitucional escrito y el no escrito. El derecho consuetudinario no escrito puede sin duda desplazar también al derecho constitucional escrito. Sin embargo, a ello parece oponerse —en todo caso en lo relativo al derecho federal— el artículo 79,1 de la Ley Fundamental de Bonn, porque si una reforma constitucional solo puede llevarse a cabo mediante una ley formal de reforma del *texto* constitucional, con ello se excluye abiertamente toda posibilidad de una reforma constitucional mediante el derecho consuetudinario. Al lado de esto, no debe de pasarse por alto que las prohibiciones legales de la existencia del derecho consuetudinario nunca fueron capaces de evitar con total seguridad el surgimiento del mismo⁸⁷

86 *Cfr.* VON MANGOLDT, GG, anotación 6 al artículo 20.

87 ¡Estas prohibiciones son, desde un punto de vista exclusivamente lógico, tan absurdas como la prohibición legal del derecho *metapositivo*. (*cfr.* por ejemplo 1,1 del británico MRVO. 165)! Sin embargo, son capaces de desempeñar en la práctica al menos un efecto de freno.

y especialmente de impedir un paulatino cambio del sentido de las normas de cualquier regulación legal. Por lo menos, el artículo 79,¹ dificulta mucho, si es que no imposibilita realmente, el surgimiento de un derecho constitucional consuetudinario capaz de suprimir las normas positivas, aunque podemos dejar esta posibilidad al margen. Dejando esto a un lado, en el caso de que se impusiera, sin embargo, un derecho consuetudinario que suprima las normas positivas, ni el derecho que suprime ni el derecho suprimido mismo, como tampoco una norma formalmente constitucional que suprimiera de nuevo el derecho consuetudinario, podría reputarse “inconstitucional”, sino que en este caso más bien el derecho anterior sería derogado por el derecho posterior.

c. *Inconstitucionalidad (invalidéz) por la contradicción del derecho metapositivo no positivado*

Si también el derecho *metapositivo*, en tanto *no* haya sido positivado a través de su plasmación en el derecho constitucional escrito, puede concebirse como “Constitución” (no escrita) debe ser cuestionado. Esta cuestión prácticamente carece de sentido para el actual derecho de la Alemania occidental a causa de la amplia inclusión del derecho *metapositivo* en la Ley Fundamental de Bonn; aunque ello no nos dispensa de una toma de posición por los motivos expuestos arriba en III 2. *En favor* de su inclusión en la “Constitución” opera, en mi opinión, el hecho de que el derecho *metapositivo* es inmanente en todo ordenamiento *jurídico* que pretenda llevar legítimamente tal nombre

y, con ello, también y, ante todo, en todo ordenamiento *constitucional* que quiera ser obligatorio. En apoyo de esto opera, *de lege lata*, además la circunstancia de que la Ley Fundamental de Bonn, esto es, la actual Constitución positiva, reconoce la existencia del derecho *metapositivo* y que un reconocimiento tal, como se puso de manifiesto arriba en III 2, conceptualmente no puede ser un reconocimiento *parcial* sino que abarca necesariamente la *totalidad* del derecho *metapositivo*. Más importante que la clasificación terminológica del derecho *metapositivo* es, sin embargo, el hecho de que una norma constitucional que contravenga aquél derecho no puede reclamar obligatoriedad jurídica, de manera que posee poca relevancia si y en qué medida el derecho *metapositivo* contradicho ha sido transformado en derecho constitucional escrito. Y también importante es, además, la cuestión que se analizará posteriormente sobre si la competencia jurisdiccional de su control se extiende a la adecuación de las normas positivas, inclusive de las normas constitucionales, con el derecho *metapositivo* (no escrito).

3. Otras posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas)

No es mi intención afirmar que lo hasta aquí analizado agote todas las posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales o contrarias al “derecho natural”. Queda por analizar, además, también el rango y el fundamento de validez de tales normas, que a pesar de que se encuentran fuera de la Constitución formal, materialmente forman parte del

orden constitucional debido a su función integradora, y también especialmente su relación con las normas formalmente constitucionales —sobre todo con las que solo poseen tal carácter—. Junto a ello debe de analizarse con profundidad el sentido del concepto de “orden constitucional” (artículos 2, 9, 20, 28, 98, 143) frecuentemente empleado en la Ley Fundamental de Bonn, aunque no siempre en el mismo sentido⁸⁸. En ciertas circunstancias, por ejemplo, un derecho aprobado o a aprobar por el legislador que realice el principio de Estado social de derecho dispuesto en la Ley Fundamental de Bonn —principio que, contrariamente a lo que sucede con el principio de Estado de Derecho, no ha obtenido un desarrollo parecido

88 En este contexto es poco importante para el problema que nos interesa si aquella expresión supone, como WERNICKE cree (*Bonner Kommentar* II 1 c al artículo 9 de la Ley Fundamental de Bonn), “concebir a los derechos fundamentales al menos como *terminus technicus*” o si exige una interpretación diferente de la parte relativa a los derechos fundamentales siguiendo el parecer de VON MANGOLDT (2 al artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn) y GIESE (II 3 al artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn). Más decisivo sería, en cambio, la interpretación del artículo 20, 3, donde se entiende en todo caso no solo el derecho constitucional formal, cfr. sobre ello VON MANGOLDT (6 al artículo 20), y particularmente, GIESE (II 7 al artículo 20) que bajo el orden constitucional entiende “tanto la Constitución en el sentido formal de la Ley Fundamental de Bonn como también en sentido material del orden fundamental de Bonn, preexistente y condicionado por los derechos del hombre o por el derecho consuetudinario”. Cfr. además KRÜGER. En DVBl. 1950, 627, que parece entender que el término se ha interpretado de manera unitaria en todos los casos.

en la Constitución misma—, ha de considerarse, al menos en sus presupuestos, como parte integrante del orden constitucional. Y queda por analizar consecuentemente si y en qué medida este derecho es partícipe en la defensa de la Constitución. Entre tanto, estas alusiones han de dejar satisfecho. A mí me ha correspondido demostrar simplemente que la afirmación, demasiado frecuentemente realizada, sobre una “imposibilidad conceptual” de normas constitucionales inconstitucionales (o en general inválidas) no resiste al análisis.

CAPÍTULO V

LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL DE CONTROL RESPECTO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

A partir de la afirmación de que una norma constitucional puede carecer de la misma obligatoriedad que otras normas, no se deduce todavía nada para la competencia judicial para la constatación de una no obligatoriedad tal ni tampoco para la inaplicación de tal derecho considerado no vinculante por parte del juez. Justamente en esa equiparación entre la no obligatoriedad material y la competencia jurisdiccional para comprobar esa no obligatoriedad se basan algunos malentendidos en la doctrina y en la jurisprudencia⁸⁹. Se podría argumentar, por

89 Claramente reconocida es la distinción en el juicio anteriormente señalado del OLG de Düsseldorf (NJW 1949, 718= DRZ 1949, 476), cuando allí se afirma que el Tribunal no está habilitado para comprobar si y en qué medida la norma del artículo 131 contradice los

ejemplo, que el examen de si las relaciones entre normas jurídicas en general y, en particular, de las normas constitucionales (formales), están de acuerdo con el contenido material de la Constitución es exclusivamente competencia del legislador, que a través de la aprobación de una ley afirma abiertamente su adecuación con las normas jurídicas supraordenadas a ella, cuya opinión expresada de esta manera es obligatoria para los tribunales. Esta parece ser —en todo caso en atención a las normas constitucionales— la opinión de APELT cuando sostiene que también el Parlamento del *Land* es un “defensor de la Constitución”⁹⁰.

1. Limitación por la Constitución escrita

La Ley Fundamental de Bonn habla en su artículo 93, 1, 2 —en lo que aquí interesa— de la adecuación formal y material del derecho del *Bund* o de un *Land* con “esta Ley Fundamental”, y en el artículo 100, 1, para definir lo que es una “ley inconstitucional”, de una lesión de “la Constitución del *Land*” y de “esta Ley Fundamental”⁹¹. Como se ha puesto de manifiesto,

postulados del principio de Estado de derecho y *por lo tanto es inválida*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁹¹ Que la Ley del Tribunal Constitucional en el § 13, número 11 no hable de “inconstitucionalidad” ni de “infracción” de la Ley Fundamental de Bonn, sino más bien de “adecuación” con la Ley Fundamental de Bonn, no implica ninguna ampliación material porque a través de la adición: “(artículo 100,1 de la Ley Fundamental)” se dice claramente que con esta discordante formulación *no se pretende una desviación material*. Esta constatación puede ser significativa para la cuestión de

esta formulación justamente puede haber contribuido a que bajo la “ley fundamental” y la “Constitución” se comprenda solo el texto constitucional escrito. Pero ¡sin fundamento alguno! Dejando a un lado que la Ley Fundamental de Bonn es, en realidad, poco precisa en su terminología y que, por ejemplo, la expresión “Constitución” se utiliza en diferentes sentidos⁹², por lo que en general se debe tener cuidado con una *sobrevaloración* de determinadas consecuencias terminológicas, también bajo el concepto “ley fundamental” permite subsumirse sin dificultad todo el derecho material contenido en la Constitución o el derecho presupuesto por ella, e incluso el derecho consuetudinario

si el monopolio decisorio de los tribunales constitucionales se extiende a la adecuación del derecho *anterior* con la Ley Fundamental de Bonn o las Constituciones federales; cfr. mis precisiones en DVBl. 1951 pp. 13 y ss. y 110, así como las observaciones dirigidas en contra de ellas por HUFNAGL, allí p. 277 y s., que no me parecen convincentes. ¿Realmente un tribunal distinto al BVerfGE. no debería estar en disposición de constatar por sí mismo si la imposición de la pena de muerte conforme al artículo 211 del StGB. no se concilia con el artículo 102 de la Ley Fundamental de Bonn? —*adición* de 1979: el texto original sigue consideraciones sobre opiniones afirmativas y distintas que carecen de interés desde que la BVerfGE. 2, 124 haya limitado el monopolio del Tribunal Constitucional a la adecuación de las leyes “postconstitucionales” a la Constitución—.

- 92 Cfr. el artículo 5, 3 por un lado, donde en atención a un concepto formal de Constitución absolutamente incompatible con el concepto ético-valorativo de lealtad, no se entiende seguramente bajo la “Constitución” solo la Constitución formal, y, por otro lado, los artículos 140, 141, 146. Para el artículo 5,3 véase en particular FRIESENHAHN. *Staatslehrer und Verfassung*.

que complementa la Constitución, que pertenece a la Constitución en un sentido no literal, sino jurídico. Efectivamente, el mismo derecho consuetudinario *prohibido* —si suponemos que pueda existir—⁹³, allí, en tanto modifica “la Constitución”, justamente debido a dicha modificación, formaría parte por sí mismo de la Constitución y por ello se englobaría en las disposiciones de los artículos 93, 1, 2 y 100, 1. A tenor de la *literalidad* de estas normas, no tendría ninguna duda de que todo el derecho alemán, inclusive las normas constitucionales formales, serían capaces de ser controlables por su adecuación con la “*Constitución*” en *el amplio sentido del término*, e incluso incluyendo el derecho no escrito (“no positivo”) y, en cuanto inescindible, también al derecho *metapositivo* precedente. Por otro lado, sin embargo, de su literalidad tampoco puede inferirse nada determinante en favor de una tan amplia competencia jurisdiccional de control, porque tampoco aquella literalidad prohíbe la subsunción bajo el concepto de “ley constitucional” de todo el derecho constitucional material *metapositivo*, pero tampoco *obliga* a una subsunción tal.

2. Limitación desde la esencia de la competencia judicial de control

La solución adecuada puede encontrarse solo en la esencia y en el contenido de la competencia judicial de control, es decir, tal y como la misma se presenta independientemente de la regulación positiva de la

⁹³ Cfr. arriba p. 87.

Constitución. Y es que la competencia judicial de control no ha sido creada por el constituyente, sino que era ya un instituto jurídico conocido al orden jurídico alemán, afirmado predominantemente en la doctrina y permanentemente acogido en la jurisprudencia, sobre todo desde la sentencia fundamental del *Reichsgericht* de 4 de noviembre de 1925⁹⁴. En las discusiones parlamentarias sobre el conjunto de cuestiones posteriormente reguladas en el artículo 93, 1, 2 y en el artículo 100 se tomó como punto de partida precisamente “la competencia judicial de control”⁹⁵. El Parlamento quiso centralizar y monopolizar en las manos de los tribunales constitucionales *esta competencia judicial de control* —o dicho de manera más exacta: no cualquier competencia judicial de control, sino solo la competencia definitiva sobre la *privación* de validez de la norma controlada—, y por eso *dicho monopolio abarca todo aquello que corresponde conceptualmente a la competencia judicial de control* y todo lo que no corresponde a la competencia de todos los *tribunales*, como, por ejemplo, el examen de la legalidad de los reglamentos. Como pertenece a la competencia judicial de control “en sí” también el examen de la validez de las normas constitucionales, en particular, su legitimidad en sus dos acepciones, entonces ella misma pertenece también al “monopolio de decisión” del Tribunal Constitucional del artículo 100,

94 RGZ 11, 320.

95 Cfr. las Actas de la Comisión Principal pp. 274, 462.

1 de la Ley Fundamental de Bonn⁹⁶ (y con eso pertenece también a la competencia de control prevista en dicha disposición, ya que la admisión de una competencia menos amplia en los supuestos del artículo 93, 1, 2 sería abiertamente un sinsentido). En el caso de que ese control *no* correspondiera, por el contrario, a la competencia judicial, no podrían reclamarla tampoco los tribunales *constitucionales*.

Aquí justamente se separan las posiciones. Ya anteriormente, una tal competencia de control —solo por aludir entre los muchos a dos conocidos representantes— fue negada por THOMA tan tajantemente como afirmada por E. VON HIPPEL.⁹⁷ De las posiciones de la

96 Sería poco exacto hablar de un “monopolio de *control*” de los tribunales constitucionales. El control le corresponde, ante todo, a los tribunales ordinarios y estos han de presentar al Tribunal Constitucional la cuestión solo después de haber negado su constitucionalidad. Tampoco la expresión “monopolio decisorio” me satisface plenamente porque la decisión *positiva* sobre la constitucionalidad corresponde al tribunal ordinario. Esta competencia decisoria es solo limitada porque solo existe en tanto el Tribunal Constitucional no haya decidido otra cosa. La expresión “monopolio decisorio” me parece, por tanto, que puede y debe en lo sucesivo ser conservada, ante la ausencia de una expresión igualmente concisa.

97 THOMA En HdbDStR II pp. 142 y ss.; E. VON HIPPEL allí p. 549. En ambas posiciones correspondientes alusiones a la doctrina y la jurisprudencia a favor y en contra. Una buena recopilación de las opiniones sobre la competencia judicial de control se encuentran en ANSCHÜTZ. *Komm. Zur WeimRV* (Décimo Cuarta edición 1932), nota 5 al artículo 70; de los nuevos escritos IPSEN, *Deutsche Landesreferate* p. 791. La posibilidad de normas constitucionales inválidas justamente no encuentra en la práctica ninguna consideración. En tanto se admite una

época más temprana serán mencionadas —de nuevo solo algunas de ellas— las posturas arriba señaladas de APELT, IPSEN y ARNDT, por un lado, y de GREWE, GIESE, KRÜGER y MALLMANN por otro. Pero también RADBRUCH⁹⁸, W. G. BECKER⁹⁹, COING¹⁰⁰ y Karl PETERS¹⁰¹ sostienen una extensa competencia judicial de control, y por cierto, no especialmente en atención a las normas constitucionales, sino fundamentalmente para *todo* el derecho positivo y con ello necesariamente *también* para las normas constitucionales (también respecto del derecho objeto de examen, ¡no solo respecto del parámetro de control!). En la jurisprudencia se oponen diametralmente, prescindiendo de las otras sentencias, por un lado, las interpretaciones del VerfGH. de Baviera, y por otro, las del StGH. de Essen¹⁰².

Excedería de los contornos de este análisis, si quisiera tomar posición *in extenso* sobre los numerosos argumentos y contra-argumentos. Para exponer

comprobación a partir de reglas metapositivas —como, por ejemplo, en la conocida publicación de la Asociación de Jueces junto con el Tribunal Supremo contra la pretendida aprobación de la legislación de revaloración (JW 1924, 90); además THOMA *ibidem*, p. 142, nota 79 de un lado, GOLDSCHMIDT. En JW 1924, pp. 245 y ss, de otro—, se comprende por sí mismo que debe englobar también la Constitución.

98 SJZ 1946, 105 y ss.; Rechtsphilosophie (Cuarta edición), pp. 347 y ss.

99 SJZ 1947, 480 y ss.; AcP pp. 150, 121 y s.

100 *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 257.

101 *Ibidem*, especialmente p. 33.

102 Recientemente ya no se ha hecho, véase la nota 13 *Cfr.* en particular también la recopilación de jurisprudencia en COING *ibidem*, p. 258, nota 2.

brevemente mi propio parecer, solo diré que no puedo imaginarme que la judicatura, que encuentra su dignidad y autoridad únicamente en la idea de justicia, pueda renunciar a un control fundamentalmente a partir de normas propias de aquella idea sin, al mismo tiempo, perder su dignidad y autoridad. Una jurisdicción que se “desvincule de su responsabilidad por la esencia jurídica de las normas”¹⁰³, se degrada con ello necesariamente, como mínimo, al nivel del potencial detentador del simple poder¹⁰⁴. La expresa sumisión de la jurisprudencia a la “ley y *al derecho*” (artículo 20,3 de la Ley Fundamental de Bonn) sobre la base de la Constitución misma puede cobrar especial relevancia práctica en lo que se refiere a la vinculación de la competencia de control a la *esencia del derecho*, aunque para el positivismo dicha norma podría constituir un argumento definitivo¹⁰⁵. De la aquí mantenida posición se evidencia que no proporciona un argumento tan fundamental¹⁰⁶. De mayor relevancia me parece,

103 ERDSIEK SJZ 1848, 42 en la acertada anotación correspondiente al conocido juicio del OLG de Hamburgo de 18 de junio de 1947, *ibídem*, pp. 35 y ss. (MDR 1947, pp. 241 y ss.), de un extremo positivismo jurídico.

104 Sobre ello Karl SCHMID *ibídem* (véase arriba nota 60).

105 *Cfr.* SPANNER *ibídem*, p. 74: “(...) que la jurisprudencia traspasa sus límites cuando, *sin autorización expresa*, pretende ir más allá en la interpretación y aplicación del derecho válido” (SPANNER identifica erróneamente “derecho válido” con derecho positivo; *cfr.* arriba p. 63, nota 56).

106 Con razón de la sumisión del juez a la “ley” prescrita en el artículo 97, 1 de la Ley fundamental de Bonn no puede deducirse lo contrario! Dejando a un lado el hecho de que con esta usual formulación no se entiende la ley en sentido material, el

por el contrario, la consideración siguiente: KELSEN¹⁰⁷ ha llegado a afirmar que una Constitución que carezca de una competencia judicial de control de la constitucionalidad de leyes y reglamentos le falta la garantía de anulación de los actos inconstitucionales, careciendo de una plena obligatoriedad jurídica en el sentido técnico del término, y por ello, desde el punto de vista técnico-jurídico, significa que “no es más que un *desideratum* no vinculante”¹⁰⁸. Sus normas serían entretanto, como ha señalado SPANNER¹⁰⁹, recordando la argumentación de KELSEN, solo *leges imperfectae*. ¡Esto es válido, sin embargo, en la misma medida para el carácter de *este* derecho, si se reconoce (lo que ha sido negado abiertamente por KELSEN y SPANNER) la existencia de un derecho *metapositivo*! El reconocimiento de un ordenamiento jurídico basado en valores trascendentales queda relegado de la misma manera —al igual que aquel ordenamiento jurídico—, en último extremo, a un “*desideratum* no vinculante” en

artículo 97, 1 pretende dejar claro simplemente el principio de independencia, y por tanto, no quiere hacer una declaración sobre la relación entre derecho y ley.

107 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. No. 5, p. 78.

108 Esta parece ser una formulación exagerada y vale también solo precisamente desde un punto de vista técnico-jurídico, sin embargo, también con esta restricción no carece de justificación. La vehemente crítica de HELLER (*Veröffentlichungen* No. 5, p. 113) no viene al caso, cuando —por cierto bajo la adulteración de la formulación de KELSEN—, presenta aquella afirmación simplemente como una consecuencia de la teoría pura del derecho.

109 *Ibidem*, p. 60.

el caso de que no exista una competencia judicial de control vinculada a la esencia del *derecho*, que carece de la posibilidad de imponerse tanto tiempo como los tribunales tienen que reconocer y aplicar una injusticia legal, especialmente normas constitucionales ilegítimas.

El *monopolio* de la decisión de los tribunales constitucionales *no* contradice la competencia de principio de *todos* los tribunales. Como también en otras cuestiones jurídicas, los tribunales inferiores deben ceder ante el “mejor” juicio de los tribunales superiores, que también aquí han de hacerlo sobre la *validez* de normas jurídicas. El juez puede y debe solo exigir que la validez de las normas a aplicar por él esté sujeta a control judicial. La exigencia de que cualquier juez pudiera llevar a cabo por sí mismo dicho control, contra diría el principio de seguridad jurídica y a través de eso también, en último extremo, pondría en peligro un principio de *justicia*¹¹⁰. El juez que piense en no poder responder a la aplicación de las normas positivas *a pesar de* la afirmación de su validez mediante el tribunal competente para su control, solo le queda, a mi juicio, la decisión personal de abandonar su cargo¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. RADBRUCH, SJZ 1946, 107, 108.

¹¹¹ En otro sentido ROTBERG, *ibídem* p. 13 y ss.; Karl PETERS, *ibídem*, pp. 37 y ss. Si bien reconozco lo adecuado de la exigencia consistente en no obligar a un juez a dictar una decisión incompatible con su conciencia, me suscitan serios reparos *de lege lata* la posibilidad deducida por PETERS del artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn, de impedir a un juez su

Aunque no ignoro que una tan amplia competencia de control pueda contener ciertos riesgos para la seguridad jurídica, pienso, sin embargo, que aquellos se han sobredimensionado con frecuencia¹¹². La autocontención, que APELT exige de los tribunales constitucionales, no puede consistir en una renuncia parcial a la competencia de control jurisdiccional, sino solo en un juicio consistente en que el derecho “incorrecto” o “malo” de ningún modo es injusticia (no-derecho)¹¹³, y que el derecho metapositivo —“derecho natural”, aunque no en el sentido de principios reguladores, sino en su significado como normas de conducta directamente vinculantes— solo es aquel mínimo sin el cual un orden no podría merecer el calificativo de orden jurídico. La cuidadosa delimitación de RADBRUCH¹¹⁴ me parece ejemplar, a pesar de la inevitable imprecisión de sus contornos admitida por él mismo. A pesar de dicha imprecisión, sin embargo, también y justamente desde la propia experiencia judicial, no pienso, de acuerdo con COING¹¹⁵, que las

participación de una sentencia. Falta aquí espacio para una ulterior consideración de las ideas de PETER

- 112 Sobre ello véase también ERDSIEK *ibidem*: “El poder del juez y el temor a su abuso en el ejercicio de la competencia jurisdiccional de control es considerablemente mucho menor que el poder del legislador”.
- 113 *Cfr.* también la tripartición de KÜSTERS en “derecho justo”, “derecho injusto” y “no derecho” en GREWE y KÜSTER, *Nürnberg als Rechtsfrage* (Stuttgart 1947) pp. 57 y ss.
- 114 *Cfr.* arriba nota 8.
- 115 *Ibidem*, p. 258, en la nota 2 COING señala con razón que los tribunales desde hace varios siglos trabajan con conceptos éticos como “buenas costumbres” y “buena fe” y que en la judicatura desde

señaladas dificultades prácticas sean insuperables para los tribunales. Las decisiones sobre la validez del derecho *metapositivo*¹¹⁶ surgidas hasta ahora, y particularmente en el periodo inmediatamente después de 1945, muestran la posibilidad de dominar tales dificultades. ¿No debe dar que pensar que hasta el momento los tribunales¹¹⁷ que están a favor de una competencia de control de este tipo todavía no hayan declarado en la práctica, en ninguno de los casos concretos, inválida una norma *constitucional*? ¿De ello no podría desprenderse que nuestros tribunales no piensan en ubicar su propio sistema de valores en el lugar del que ha asumido el constituyente? Precisamente con una elite de jueces ocupando los tribunales *constitucionales* no hay que temer que no se ajustarán a la regla indicada. Evidentemente un juez no puede

hace tiempo se han construido “concreciones prácticas” de aquellos principios; el examen de una norma según su concordancia con la justicia “en los contornos expresamente establecidos en el texto” (lo que respalda ampliamente la posición aquí mantenida) no será probablemente esencialmente más compleja. Del mismo parecer es: BÜCKLING, *Der objektive Rechtsbegriff in der rheinisch-pfälzischen Verfassung und im GG* (Mayen 1950) p. 24; cfr. también HEYLAND, *Das Widerstandsrecht des Volkes* (Tubinga 1950) p. 114.

116 Cfr. la recopilación —no completa— de COING, *ibidem*.

117 Además, en este repertorio deben incluirse también aquellos tribunales que, como el BGH en el caso expuesto más arriba (en el texto después de la nota 8), pensaron justamente por ello poder dejar abierta la cuestión sobre la competencia jurisdiccional de control, justamente porque negaron en concreto una contradicción con el derecho *metapositivo*. (!Un procedimiento jurídico por cierto lógicamente cuestionable!).

basar sus sentencias en interpretaciones *subjetivas* sobre la justicia. El parámetro del juez puede ser solo la *communis opinio* de todos “sabios rectos y justos”; y aunque pueden también divergir las interpretaciones sobre lo justo y lo injusto en diversas circunstancias, existe, sin embargo, un amplio consenso sobre las cuestiones *fundamentales* en el seno de una comunidad jurídica. De otro modo, cualquier intento de realizar una auténtica integración sería condenado desde el principio al fracaso. Considero completamente impensable que, por ejemplo, como afirma APELT¹¹⁸, tomando como punto de partida la argumentación realizada por el VerfGH. de Baviera, un tribunal podría utilizar el derecho para declarar “ley intangible” una determinada *forma de Estado*, como la monarquía, y por lo tanto declarar nulos todos los preceptos de la Constitución que se encuentren en contradicción con el principio monárquico. En ello, en que este ejemplo es “grotesco”, me adhiero a APELT; aunque debo cuestionar con énfasis que una posibilidad tal pueda deducirse de la posición principal del VerfGH. de Baviera. Pienso que si para nosotros aquél punto de partida no amenaza con ningún peligro mayor, ¡puede proporcionarnos algún consuelo! El recurso a un derecho *metapositivo* ha de ser siempre la última *ratio* del Estado de derecho; pero precisamente por ello no debemos “tapiar la salida de emergencia”¹¹⁹. Si sin embargo SPANNER muestra la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos como un

118 *Ibidem*, p. 9.

119 ERDSIEK *ibidem*

ejemplo horroroso y hace responsable del conflicto entre dicho Tribunal y el Presidente el recurso a “los principios de derecho natural” —una hipótesis cuya corrección no puede ser examinada aquí—, entonces aquél ejemplo seguramente habla más bien *a favor* que *en contra* de una jurisprudencia tal, en vista de la completa autoridad con que el Tribunal ha superado el conflicto y en vista del casi unánime rechazo a la intención promovida por Roosevelt de transformar el Tribunal. Un conflicto entre un tribunal y el ejecutivo no habla necesariamente en contra de aquél. Nuestros tribunales constitucionales merecerían en todo caso el más alto reconocimiento, si consiguieran, en algún momento, poder rivalizar con la autoridad y la confianza de aquél Tribunal¹²⁰.

120 Me han preguntado si no debe conducir a un entumecimiento del legislativo el hecho de que todas las leyes, y en este caso incluso las leyes constitucionales, se encuentran desde el principio bajo la amenaza de una declaración de invalidez mediante los tribunales. Ahora parece ser, en efecto, la moda que ciertos grupos de interesados en atacar una ley ya en su fase de proyecto con argumentos frecuentemente desviados invocando una “contrariedad con la Constitución” o a través de la amenaza del recurso a los tribunales constitucionales. El peligro puede surgir de esto únicamente si el legislador se dejara impresionar por ello o si los tribunales constitucionales siguieran aquellos desviados argumentos. Esto apenas es de temer; al contrario la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podría aquí actuar absolutamente de manera provechosa para el futuro. Además, la declaración de invalidez de una norma —en especial de una norma constitucional—, por la naturaleza de las cosas, limitada a casos inusuales y extremos, apenas puede afectar a la tarea ordinaria del legislativo. Además, una jurisprudencia rigu-

Como ya estábamos hablando de “peligros”, hay que hacer referencia también a que cualquier *limitación* a la competencia de control de los tribunales constitucionales contiene/produce tales peligros. No solo existe entonces la tentación de articular un “control enmascarado”¹²¹, sino que se cuestionaría además —y precisamente con arreglo a argumentos basados en deseables *valores* de seguridad jurídica— el pretendido *monopolio* de la decisión. Los tribunales que no disponen de una competencia propia de decisión han de ceder al juicio de los tribunales constitucionales competentes *solo* en la medida en que el Tribunal Constitucional también haya hecho uso en la práctica de su competencia de control. En tanto esto no haya sido realizado, a mi juicio aquellos tribunales gozarían de nuevo de libertad. Si un juez ordinario apreciara la contrariedad de una norma constitucional con el derecho *metapositivo* —afirmándose con ello la genérica

rosamente positivista, que se base en cambio posiblemente en una interpretación apegada al texto puede ser más contraproducente que una judicatura, por un lado, orientada *metapositivamente* en último extremo, pero que por otro lado respete el necesario margen de actuación del legislativo, atenta, por lo tanto, más al sentido y el espíritu que al sentido literal del texto constitucional. Los peligros que acucian al legislativo no se encuentran de ningún modo asociados a la idea del “derecho natural”! Yo no soy ningún defensor de un “gobierno de los jueces”, sino que opino fundamentalmente que el juez debe ser muy reservado con respecto al poder político discrecional del legislativo y del ejecutivo. Aquí no se trata de una contraposición entre derecho y *política*, sino de derecho e *injusticia*!

121 Sobre ello COING, *ibidem* en consideración a RGZ 107, 78 y 43, 238.

competencia judicial de control— y, conforme a la posición aquí mantenida, sometiera la cuestión al Tribunal Constitucional, y éste último negara su competencia, le correspondería lógicamente desde ese momento al tribunal ordinario la decisión. Porque este solo puede ser exonerado de su decisión —¡cuya realización es una *obligación* y no un *derecho*!— cuando esa tarea se traslade a otro tribunal superior. La decisión del Tribunal Constitucional resulta vinculante únicamente en el marco del control efectivamente realizado y no en abstracto en atención a la afirmación o negación de su competencia de control. En ello tampoco el valor de ley de la decisión conforme a lo dispuesto en el artículo 31, 2 de la Ley del Tribunal Constitucional sería capaz de cambiar nada. El Tribunal Constitucional decide si la norma de cuya validez se duda es compatible o no *con la Constitución*, esto es, *con lo que el Tribunal Constitucional entiende por “Constitución”*. Si no engloba en la misma el derecho *metapositivo* entonces no diría nada en su decisión sobre la adecuación de la norma cuestionada con aquél derecho, y la eventual sentencia que confirme su validez solo significaría que sería válida de acuerdo con el parámetro de constitucionalidad basado en el texto constitucional, no necesariamente con *otras* normas.

3. **Conclusión: competencia de los tribunales constitucionales para el control de la constitucionalidad (validez) de normas constitucionales**

Como conclusión, debe dejarse claro que a los tribunales constitucionales les corresponde también el control de la *constitucionalidad* de *normas consti-*

tucionales y, por cierto, de la constitucionalidad en el sentido amplio de la “validez” de las normas constitucionales con arreglo a la totalidad de normas incluidas en la Constitución (Ley Fundamental o Constituciones de los *Länder*) o al derecho presupuesto por ella. Todo lo engloba la competencia de control, lo engloba también la competencia decisoria conforme al artículo 93,1, 2 y 100 de la Ley Fundamental de Bonn, de manera que los tribunales constitucionales rechazarían una norma constitucional inválida no solo en vía de un examen incidental sino que podrían también constatar expresamente la invalidez. En esto hay que adherirse a la interpretación del VerfGH. de Baviera. Conforme a ella, es obligación de todos los tribunales, en cualquier caso en el que pretendan negar la validez de una norma constitucional, solicitar la decisión al tribunal constitucional competente. La vinculación del tribunal solicitante a la decisión del Tribunal Constitucional solo se afirma en la medida en que el Tribunal Constitucional haya efectuado el control y no, por el contrario, en tanto este haya negado la posibilidad de control.

No me gustaría aquí ser malinterpretado. En atención a la eficacia práctica de las decisiones dictadas en base a la Constitución, estoy de acuerdo básicamente con IPSEN¹²² de que la inclusión material de valores metafísicos en el sistema constitucional y la sumisión del legislador a la “Constitución” en el así entendido sentido, dispensa a los titulares

122 DV 1949, 490= Deutsche Landesreferate pp. 812 y ss.

de la competencia judicial de control de la tarea de aplicar a la norma examinada las reglas valorativas ubicadas más allá o encima de la Constitución, y que los tribunales, por motivos prácticos, irán a buscar en el futuro el parámetro de control probablemente en la “positividad terrenal” de la Constitución. Pero discuto que este sea el “último” parámetro de control, y cuestiono la exactitud de la denominada por IPSEN mismo “suposición” de que la competencia judicial de control no pueda cuestionar ni la positividad de la Ley Fundamental ni su obligatoriedad jurídica. Que una puesta en cuestión de la positividad de la ley o de su obligatoriedad pueda tener éxito, naturalmente no lo creo, al menos en atención a las actuales disposiciones de la *Ley Fundamental*.¹²³ El correspondiente examen de todas las Constituciones de los *Länder* podría aquí conducir demasiado lejos. ¡Sin embargo, ello no nos dispensa de la necesidad de acentuar firmemente nuestra duda general de que aquella posibilidad pueda ser excluida de plano! La opinión de ARNDT¹²⁴ de que ante el foro del Tribunal Constitucional la cuestión

¹²³ Al igual que IPSEN *ibidem* no entiendo competente, por tanto, al titular de la competencia jurisdiccional de control para no aplicar una ley federal que prohíba partidos que tengan un orden interno antidemocrático. Pero no porque la legitimidad de dicha prohibición, concebida como democrática por el artículo 21,2 de la Ley Fundamental de Bonn, no pueda ser examinada, sino porque, teniendo en cuenta la limitación necesaria en el reconocimiento del derecho *metapositivo* no puede afirmarse con éxito que una norma aprobada por un Estado democrático para su propia defensa contravenga el derecho *metapositivo*.

¹²⁴ *Ibidem*.

sobre del derecho natural no puede ser objeto de decisión, hay que rechazarla si bajo el “derecho natural”, como debe de ser deducido de su contexto, también se entiende todo derecho *metapositivo*. Soy más bien de la opinión de ROEMER¹²⁵ de que el Tribunal Constitucional muy pronto se encontrará ante esta pregunta, del mismo modo que lo han estado otros tribunales en los últimos años. Porque también si fuera negada en particular la infracción del derecho *metapositivo* por parte de la norma controlada, ello no dispensaría de la decisión principal sobre el parámetro de control, y un tribunal constitucional apenas podría seguir el camino señalado por el Tribunal Supremo de dejar abierta la cuestión del parámetro.

125 JZ 1951, 194.

CAPÍTULO VI

EXCURSO: DOS CUESTIONES EN PARTICULAR

Para concluir ha de prestarse atención todavía a dos cuestiones en particular ya señaladas, cuya respuesta no se deduce de lo anteriormente expuesto.

- 1. Monopolio de decisión del Tribunal Constitucional sobre la comprobación de la pérdida de vigencia de las normas constitucionales**

Frente a la posibilidad afirmada por KRÜGER de la inconstitucionalidad de normas constitucionales por la “mutación de su naturaleza” he suscitado la pregunta¹²⁶ de si aquí no sería más adecuado, siguiendo al VGH. de Baden-Würt-

126 Arriba pp. 50 y ss.

tenberg¹²⁷, hablar de una *ausencia de vigencia*, por la desaparición de los presupuestos fijados por el constituyente. También si se diera esta cuestión, quisiera afirmar, en atención al fin perseguido por el artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn consistente en una concentración de la competencia decisoria en los tribunales constitucionales, que también una tal pérdida de vigencia solo podría ser constatada por el tribunal *constitucional* competente. Aun cuando se pueda estar de acuerdo con los presupuestos exclusivamente dogmáticos del VGH. de Baviera, que mantiene que la pérdida de vigencia de una norma “nada tiene que ver con su inconstitucionalidad”, hay que constatar que la pérdida de vigencia de una norma por la ausencia de sus presupuestos, por oposición a aquella otra pérdida de vigencia, determinada o determinable, por la previsión de un concreto periodo de tiempo, se asimila con la verdadera inconstitucionalidad ordinaria, en que la validez de la norma sea cuestionada o cuestionable. No solo a partir de los fundamentos de la sistemática del ordenamiento jurídico sino también a partir de las exigencias de seguridad jurídica, me parecería incomprensible, si por un lado los tribunales ordinarios no pudieran pronunciarse por sí mismos sobre la contradicción de una *simple* ley con una norma constitucional, mientras que por otro, pudieran constatar definitivamente, de acuerdo con su competencia, la falta de vigencia de una norma

127 Sentencia de 13 de noviembre de 1950 (DRZ 1950, 566). Sobre ello arriba pp. 82-83.

*constitucional*¹²⁸. Estas consideraciones pueden haber decidido también al VerfGH. de Baviera a dictar una sentencia expresa sobre la *persistencia* en la validez de una norma constitucional, que, según él, “llegaría a su final”, esto es, perdería su validez sin anulación expresa cuando concluya la situación excepcional que la condicionaba¹²⁹.

2. Inexistencia de monopolio decisorio por el Tribunal Constitucional para constatar la adecuación del derecho alemán con el derecho de la ocupación

Finalmente debe de retomarse también brevemente la competencia judicial de los tribunales constitucionales frente al *derecho de la ocupación* abordada al principio. La idea en la que se basa el artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn sobre una concentración de la competencia decisoria podría hablar a favor de que también la decisión sobre la validez de las leyes alemanas por su contradicción del derecho de la ocupación se reserva a los tribunales *constitucionales*. Eso sería posible absolutamente,

¹²⁸ La cuestionable sentencia del VGH. de Baden-Württemberg no se apoyó solo en aquella consideración sino —ante todo— también en el hecho de que el BVerfG. no había sido constituido y en que el artículo 100,1 de la Ley Fundamental de Bonn, por lo tanto, no posee temporalmente eficacia alguna. Esta interpretación se ha asumido de manera generalizada; cfr. sobre todo IPSEN, DV 1949, 492 y DVBl. 1950, 390 nota 15; BACHOF, DRZ 1950, 247 y DVBl. 1951, 14; VerfGH de Baviera en *VerwRSpr.* II, 168; OVG de Hamburgo, DVBl 1950, pp. 752 y ss.

¹²⁹ Véase arriba nota p. 82, nota 80.

como arriba se ha puesto de manifiesto, teniendo en cuenta la evidente limitación de la eficacia de las decisiones a las autoridades y tribunales *alemanes*. Sin embargo, el artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn no permite una interpretación tal. En realidad, una contradicción contra el derecho de la ocupación no representa ninguna lesión de la Constitución de un *Land* o de la Ley Fundamental¹³⁰. Contrariamente a lo que sucede con el derecho metapositivo, el derecho de la ocupación *no* se encuentra incluido en la Constitución. Ni la Ley Fundamental y ni la mayoría de las Constituciones de los *Länder* lo han presupuesto expresamente. La Ley Fundamental, por el contrario, parte justamente de una “ficción de la libertad”¹³¹. Por esta ficción hay que entender que la Constitución también en el artículo 100 (como en el artículo 93) haya ignorado completamente el derecho de ocupación, por lo que no cabe entender en el seno de la constitucionalidad controlada, la adecuación del derecho alemán con el derecho de la ocupación. Esto no supondría impedir al legislador trasladar al Tribunal constitucional conforme al artículo 93, 2 de la Ley Fundamental de Bonn también el examen de dicha adecuación, y podrían haber hablado en favor de un proceder así consideraciones prácticas. Por otro lado, se comprende de la tendencia natural al rechazo del derecho de la ocupación el hecho que los legisladores alemanes hayan prescindido de legitimar de ese modo

130 Así como también el StGH. de Essen en el caso señalado en la nota 11, a pesar del artículo 159 de la Constitución de Essen.

131 IPSEN, *Über das GG*, p. 30.

el derecho de la ocupación. Como resultado, permanece mientras perdure la existencia del derecho de la ocupación una laguna no colmada en el monopolio decisorio de los tribunales constitucionales.

*Se terminó de imprimir en los talleres
de Grández Gráficos S.A.C.
en mayo de 2010,
por encargo de Palestra Editores S.A.C.
www.grandezgraficos.com
Teléf.:(511) 531-4658*